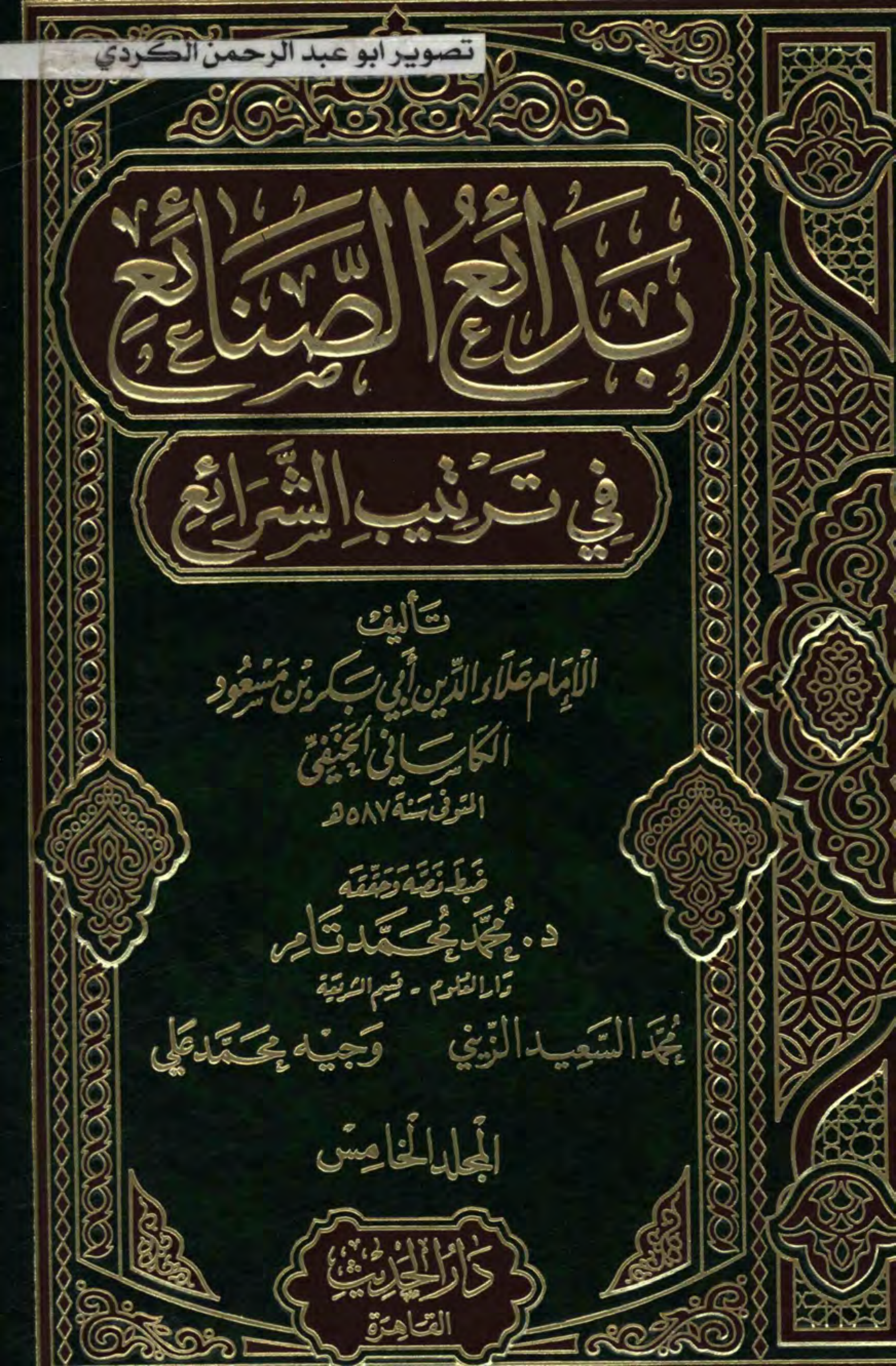


تصوير ابو عبد الرحمن الكردي
بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ
ضبط نصه وحققه
د. محمد محمد تامر
دار العلوم - قسم الشريعة
محمد السعيد الزيني
وجيه محمد علي
المجلد الخامس
دار الحديث
القاهرة



اسم الكتـــاب : بدائع الصنائع

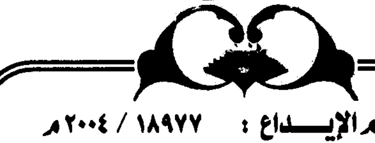
اسم المؤلـــف : الإمام الكاساني الحنفي

اسم المحقـــق : د . محمد محمد تامر

القطــــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـلدات : ١٠ مجلدات

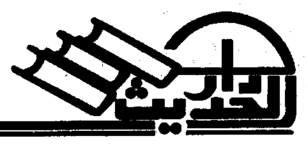
سنة الطبــع : ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



رقـم الإيـداع : ١٨٩٧٧ / ٢٠٠٤م

الترقيـم الدولى : ٨- ٠٨١ - ٣٠٠ - ٩٧٧







١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧هـ

حقق على نسخة مخطوطة كاملة وعلق عليه

د/ محمد محمد تامر
كلية دار العلوم - قسم الشريعة

المجلد الخامس

دار الحديث
القاهرة


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الظهار

كتاب الظِّهار (١)

يحْتاجُ في هذا الكِتاب إلى معرِفةِ رُكنِ الظِّهارِ، وإلى معرِفةِ شرائطِ الرُّكنِ، وإلى معرِفةِ حُكمِ الظِّهارِ، وإلى معرِفةِ ما ينْتَهي به حُكمُه، وإلى معرِفةِ كفّارةِ الظِّهارِ.

أمّا رُكنُ الظهارِ: فهو اللّفظُ الدّالُّ على الظِّهارِ والأصلُ فيه قولُ الرّجُلِ لامرأتِه: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي، [يُقالُ: ظاهَرَ الرّجُلُ من امرأتِه وظاهَرَ وتَظاهَرَ وأظْهَرَ وتَظَهَّرَ أي قال لها: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي] (٢)، ويَلْحقُ به قولُه: أنتِ عَلَيّ كبَطْنِ أُمّي أو فخِذِ أُمّي أو فرجِ أُمّي، ولأنّ معنى الظِّهارِ تَشْبيه الحلالِ بالحرامِ؛ ولهذا وصَفَه اللّه تعالى بكَوْنِه (٣) مُنْكَرًا من القولِ وزورًا فقال سبحانه وتعالى في آيةِ الظِّهارِ: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة :٢]، وبَطْنُ الأمِّ وفَخِذُها في الحُرْمةِ مثلُ ظَهْرِها، ولِفَرْجِها مَزيدُ حُرْمةٍ فتَزْدادُ جِنايَتُه في كونِ قولِه مُنْكَرًا وزورًا فيتأكّدُ الجزاءُ وهو الحُرْمةُ.

فَصْلٌ [في شرائط الظهار]

وأمّا الشّرائطُ فأنواعٌ: بعضُها [٢/ ١٢١أ] يرجعُ إلى المُظاهِرِ، وبعضُها يرجعُ إلى المُظاهَرِ منه، وبعضُها يرجعُ إلى المُظاهَرِ به.

أما الذي يرجعُ إلى المظاهرِ فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ عاقِلاً إمّا حقيقةً أو تقديرًا، فلا يصحُّ ظهارُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا

---

(١) **الظهار**: بكسر الظاء المعجمة لغة: مأخوذ من الظهر؛ لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي، وإنما خصوا الظهر - دون البطن والفخد وغيرهما - لأن الظهر من الدابة موضع الركوب.

وفي الاصطلاح: هو تشبيه الرجل زوجته، أو جزءًا شائعًا منها، أو جزءً يعبر به عنها بامرأة محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه، كالظهر والبطن والفخذ. وفي فتح القدير: إنما خص باسم الظهار تغليبًا للظهر، لأنه كان الأصل في استعمالهم. انظر الموسوعة الفقهية (٢٩/ ١٨٩).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بأنه».

يعقِلُ؛ لأنّ حُكمَ الحُرْمةِ وخِطابَ التّحريمِ لا يتناوَلُ مَنْ لا يعقِلُ.

ومنها: أنْ لا يكونَ معتوهًا ولا مدهوشًا ولا مُبَرْسَمًا [(١)] ولا مُغْمًى عليه ولا نائمًا فلا يصحُّ ظهارُ هؤلاء كما لا يصحُّ طلاقُهم، وظهارُ السّكرانِ كطلاقِه وهو على التّفصيلِ الذي ذَكَرْناه في كِتاب الطّلاقِ.

ومنها: أنْ يكونَ بالِغًا فلا يصحُّ ظهارُ الصّبيِّ وإنْ كان عاقِلًا؛ لما مَرّ في ظهارِ المجنونِ؛ ولأنّ الظِّهارَ من التّصرُّفاتِ الضّارّةِ المحضةِ، فلا يملِكُه الصّبيُّ كما لا يملِكُ الطّلاقَ والعتاقَ وغيرَهما من التّصرُّفاتِ التي هي ضارّةٌ محضةٌ.

ومنها: أنْ يكونُ مسلمًا فلا يصحُّ ظهارُ الذِّمّيِّ وهذا عندَنا [(٢)].

وعندَ الشّافعيِّ: إسلامُ المُظاهِرِ ليس بشرطٍ لصحّةِ ظهارِه، ويصحُّ ظهارُ الذِّمّيِّ [(٣)].

واحتَجّ بعُمومِ قولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة :٣] من غيرِ فصلٍ بين المسلمِ والكافرِ؛ ولأنّ الكافرَ من أهلِ الظِّهارِ؛ لأنّ حُكمَه الحُرْمةُ، والكُفّارُ مُخاطَبونَ بشرائعَ هي حُرُماتٌ، ولهذا كان أهلًا للطّلاقِ (فكذا للظِّهارِ) [(٤)].

ولنا: أنّ عُموماتِ النِّكاحِ لا تقتَضي حِلّ وطْءِ الزّوجاتِ على الأزواجِ نحوُ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون :٥-٦] وقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ فَأۡتُواْ حَرۡثَكُمۡ أَنَّىٰ شِئۡتُمۡ﴾ [البقرة :٢٢٣] والظِّهارُ لا يوجِبُ زوالَ النِّكاحِ والزّوجيّةِ؛ لأنّ لفظَ الظِّهارِ لا يُنْبِئُ عنه ولهذا لا يَحْتاجُ إلى تَجْديدِ النِّكاحِ بعدَ الكفّارةِ؛ لأنّ المسلمَ صار مَخْصوصًا، فمَنِ ادّعَى تخصيصَ الذِّمّيِّ يَحْتاجُ إلى الدّليلِ؛ ولأنّ حُكمَ الظِّهارِ حُرْمةٌ مُؤَقّتةٌ بالكفّارةِ أو بتَحْريرٍ يَخْلُفُه الصّوْمُ، والكافرُ ليس من أهلِ هذا الحُكمِ، فلا يكونُ من أهلِ الظِّهارِ، وقد خرج

---

(١) البِرْسَامُ : علة عقلية ينشأ عنها الهذيان، شبيهة بالجنون. انظر الموسوعة الفقهية (٨/ ٧٥).
(٢) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل ص (٤٢٥)، مختصر الطحاوى ص (٢١٤)، المبسوط (٦/ ٢٣١).
(٣) مذهب الشافعية: **أنه يجوز الظهار من الذمي**. انظر: الأم (٥/ ٢٧٦)، المهذب (٢/ ١٩٩)، الوجيز (٢/ ٧٨)، المنهاج ص (١١٢).
(٤) في المخطوط: «كذا الظهار».

الجوابُ عَمّا ذَكَرَه من المعنى.

وأمّا آيةُ الظِّهارِ فإنّها تتناوَلُ المسلمَ لدَلائلَ :

أحدُها: أنّ أوّلَ الآيةِ خاصٌّ في حقِّ المسلمينَ وهو قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ [المجادلة:٢] فقولُه تعالى: ﴿مِنكُمْ﴾ [البقرة:٦٥] كِنايةٌ عن المسلمينَ؛ ألا تَرَى إلى قولِه سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل:١٨] والكافرُ غيرُ جائزِ المغْفِرةِ؛ وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة:٣] بناءً على الأوّلِ.

والثاني: أنّ فيها أمرًا بتَحْريرٍ يَخْلُفُه الصّيامُ إذا لم يجدِ الرّقَبةَ، والصّيامُ يَخْلُفُه الطّعامُ إذا لم يَسْتَطِعْ وكُلُّ ذلك لا يُتَصوّرُ إلاّ في حقِّ المسلمِ.

والثالِثُ: أنّ المسلمَ مُرادٌ من هذه الآيةِ بلا شَكٍّ.

والمذهبُ عندَنا [(١)]: أنّ العامّ يُبنَى على الخاصِّ، ومَتَى بُنِيَ العامُّ على الخاصِّ خرج المسلمُ من [(٢)] عُمومِ الآيةِ ولم يَقُلْ به أحدٌ. وأمّا كونُه حُرًّا فليس بشرطٍ لصحّةِ الظِّهارِ فيصحُّ ظهارُ العبدِ؛ لأنّ الظِّهارَ تَحْريمٌ والعبدُ من أهلِ التّحريمِ؛ ألا تَرَى أنّه يملِكُ التّحريمَ بالطّلاقِ؛ فكذا بالظِّهارِ ولِعُمومِ قولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة:٣].

فإنْ قِيلَ: هذه الآيةُ لا تَتَناوَلُ العبدَ؛ لأنّه جعل حُكمَ الظِّهارِ التّحريرَ بقولِه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء:٩٢] والعبدُ ليس من أهلِ التّحريرِ فلا يكونُ من أهلِ حُكمِ الظِّهارِ فلا يكونُ من أهلِ الظِّهارِ، فلا يتناوَلُه نصُّ الظِّهارِ.

فالجوابُ أنّه مَمْنوعٌ، أنّه جعل حُكمَ الظِّهارِ التّحريرَ على الإطلاقِ، بل جعل حُكمَه في حقِّ مَنْ وجَدَ، فأمّا في حقِّ مَنْ لم يجدْ فإنّما جعل حُكمَه الصّيامَ بقولِه تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء:٩٢] والعبدُ غيرُ واجِدٍ؛ لأنّه لا يكونُ واجِدًا إلاّ بالملكِ، والعبدُ ليس من أهلِ الملكِ، فلا يكونُ واجِدًا، فلا يكونُ الإعتاقُ حُكمَ الظِّهارِ في حقِّه إذْ لا عِتْقَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدَمَ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ [(٣)] فلا يجوزُ له التّكفيرُ

---

(١) في المخطوط: «عنده». (٢) في المخطوط: «عن».

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح، برقم (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وأحمد (٦٧٤١) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وانظر صحيح سنن أبي داود.

بالإعتاقِ وكذا بالإطعامِ إذِ الإطعامُ على وجه التّمْليكِ أو [الإباحةِ] [١]، والإباحةُ لا تَتَحقّقُ بدونِ الملكِ .

ولو كفّرَ العبدُ بهما بإذنِ مولاه، أو المولى كفّرَ عنه بهما لم يَجز؛ لأنّ الملكَ لم يَثْبُتْ له، فلا يقعُ الإعتاقُ والإطعامُ عنه، بخلافِ الفقيرِ إذا أعتَقَ عنه غيرُه أو أطْعَمَ فإنّه يجوزُ؛ لأنّ الفقيرَ من أهلِ الملكِ فثَبَتَ [٢] الملكُ له أوّلاً، ثُمّ يُؤَدّى عنه بطريقِ النّيابةِ، والعبدُ ليس من أهلِ الملكِ فلا يملِكُ المُؤَدّى فلا يَجزيه في الكفّارةِ إلاّ الصّيامُ، وليس لمولاه أنْ يمْنَعَه من صيامِ الظّهارِ بخلافِ صيامِ النّذْرِ وكَفّارةِ اليمينِ؛ لأنّ للمولى أنْ يمْنَعَه عن ذلك؛ لأنّ صومَ الظّهارِ قد تَعَلّقَ به حقُّ المرأةِ؛ لأنّه يتعَلّقُ به استِباحةُ وطْئِها الذي استَحقّه بعقدِ النّكاحِ، فكان مَنْعُه إيّاها عن الصّيامِ مَنْعًا له عن إيفاءِ حقٍّ مُسْتَحقٍّ للغيرِ فلا يملِكُ ذلك بخلافِ صومِ النّذْرِ وكَفّارةِ اليمينِ؛ لأنّه لم يتعَلّقْ به حقُّ أحدٍ فكان العبدُ بالصّوْمِ مُتَصَرِّفًا في المنافِعِ الممْلوكةِ لمولاه من غيرِ إذنِه، لا حقّ لأحدٍ فيه، فكان له مَنْعُه عن ذلك سَواءٌ كان العبدُ قِنًّا أو مُدَبّرًا أو أُمّ ولدٍ أو مُكاتَبًا أو مُسْتَسْعًى، على أصلِ أبي حنيفةَ لما قُلْنا .

وكذا كونُه جادًّا فليس [٢/ ١٢١ب] بشرطٍ لصحّةِ الظِّهارِ حتّى يصحّ ظهارُ الهازِلِ كما يصحُّ طلاقُه، وكذا كونُه طائعًا أو عامِدًا ليس بشرطٍ عندَنا فيصحُّ ظهارُ المُكرَه والخاطِئِ كما يصحُّ (طلاقُهما) [٣] [٤].

وعندَ الشّافعيِّ: شرطٌ فلا يصحُّ ظهارُهما كما لا يصحُّ طلاقُهما وهذه من مسائلِ الإكراه [٥].

وكذا التّكَلُّمُ بالظِّهارِ ليس بشرطٍ حتّى يصيرَ مُظاهرًا بالكِتابةِ المُسْتَبينةِ والإشارةِ المعلومةِ من الأخرَسِ، وكذا الخُلوُّ عن شرطِ الخيارِ ليس بشرطٍ فيصحُّ ظهارُ شرطٍ [٦]

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «فيثبت».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٦/ ٢٣٣)، تبيين الحقائق (٥/ ١٨٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٨)، فتح القدير (٣/ ٤٨٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٣٥)، رد المحتار (٣/ ٤٦٦).

(٤) في المخطوط: «طلاقه».

(٥) في بيان مذهب الشافعية يقول الخطيب: «ولا بد أن يكون مختارًا، فلا يصح ظهار المكره» انظر: مغني المحتاج (٥/ ٣٠)، حاشية الجمل (٤/ ٤٠٥)، تحفة الحبيب (٤/ ١٣)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٥٣).

(٦) في المخطوط: «شارط».

الخيارِ لما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ .

وأمّا كونُ المُظاهرِ رجلاً فهل هو شرطُ صحّةِ الظِّهارِ؟ .

قال أبو يوسُفُ : ليس بشرطٍ .

وقال محمّدٌ : شرطٌ ، حتّى لو قالتِ المرأةُ لزوجِها : أنتَ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي تَصيرُ مُظاهرةً عندَ أبي يوسُفَ وعليها كفّارةُ الظِّهارِ .

وعندَ محمّدٍ لا تَصيرُ مُظاهرةً، ولمّا حُكِيَ قولُهما للحَسَنِ بنِ زيادٍ فقال : هما شيخا الفقه أخطآ ، عليهما [١] كفّارةُ اليمينِ إذا وطِئَها زوجُها .

وَجهُ قولِ الحسَنِ: أنّ الظِّهارَ [تَحْريمٌ] [٢] فتَصيرُ كأنّها قالت لزوجِها : أنتَ عَلَيّ حَرامٌ ، ولو قالت ذلك تَلْزَمُها [٣] الكفّارةُ إذا وطِئَها كذا هذا .

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ الظِّهارَ تَحْريمٌ بالقولِ والمرأةُ لا تملِكُ التّحريمَ بالقولِ ، ألا تَرَى أنّها لا تملِكُ الطّلاقَ؟ فكذا الظِّهارُ ، ولأبي يوسُفَ أنّ الظِّهارَ تَحْريمٌ يَرْتَفِعُ بالكفّارةِ وهي من أهلِ الكفّارةِ فكانت من أهلِ الظِّهارِ واللّه أعلَمُ .

ومنها: النّيّةُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ في بعضِ أنواعِ الظِّهارِ دونَ بعضٍ . وبيانُ ذلك أنّه لو قال لامرأتِه : أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي كان مُظاهرًا ، سَواءٌ نَوَى الظِّهارَ أو لا نيّةَ له أصلاً ؛ لأنّ هذا صَريحٌ في الظِّهارِ إذْ هو ظاهرُ المُرادِ مَكشوفُ المعنى عندَ السّماعِ بحيثُ يَسْبقُ إلى إفهامِ السّامِعينَ (فكان صَريحًا لا) [٤] يَفْتَقِرُ إلى النّيّةِ كصَريحِ الطّلاقِ في قولِه : أنتِ طالقٌ .

وكذا إذا نَوَى به الكرامةَ أو المنزلةَ أو الطّلاقَ أو تَحْريمَ اليمينِ لا يكونُ إلاّ ظهارًا ؛ لأنّ هذا اللّفْظَ صَريحٌ في الظِّهارِ فإذا نَوَى [٥] به غيرَه ، فقد أرادَ صَرْفَ اللّفْظِ عَمّا وُضِعَ له إلى غيرِه فلا يَنْصَرِفُ إليه ، كما إذا قال لامرأتِه : أنتِ طالقٌ ، ونَوَى به الطّلاقَ عن الوثاقِ أو الطّلاقَ عن العمَلِ أنّه لا يَنْصَرِفُ إليه ، ويقعُ الطّلاقُ لما قُلْنا كذا هذا .

ولو قال : أرَدْتُ به الإخبارَ عَمّا مضى كذِبًا ، لا يُصَدّقُ في القضاءِ ؛ لأنّه خلافُ

---

(١) في المخطوط : «عليها» .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «لزمها» .
(٤) في المخطوط : «فلا» .
(٥) في المخطوط : «أراد» .

الظّاهرِ؛ لأنّ هذا اللّفظَ في الشّرعِ جُعِلَ إنْشاءً فلا يصْدُقُ في إرادةِ الإخبارِ عنه كقولِه: أنتِ طالقٌ إذا أرادَ به الإخبارَ عن الماضي كذِبًا، ولا يَسَعُ للمرأةِ أنْ تُصَدِّقَه كما لا يَسَعُ للقاضي؛ لأنّ القاضي إنّما [لا] (١) يُصَدِّقُه لادّعائه خلافَ الظّاهرِ، وهذا موجودٌ في حقِّ المرأةِ ويُصَدّقُ فيما بينه وبين اللّه تعالى؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه كلامُه.

وكذا إذا قال: أنا منكِ مُظاهرٌ وقد ظاهَرْتُكِ، فهو مُظاهرٌ نَوَى به الظِّهارَ أو لا نيّةَ له؛ لأنّ هذا اللّفظَ صَريحٌ في الظِّهارِ أيضًا إذْ هو مَكشوفُ المُرادِ عندَ السّامِعِ فلا يَفْتَقِرُ إلى النّيّةِ، وأيّ شيءٍ نَوَى لا يكونَ إلاّ ظهارًا وإنْ أرادَ به الخبَرَ عن الماضي كاذِبًا لا يُصَدّقُ قضاءً ويُصَدّقُ ديانةً لما قُلْنا كما لو قال: أنتِ مُطَلّقةٌ أو قد طَلّقْتُكِ.

وكذا لو قال: أنتِ عَلَيّ كبَطْنِ أُمّي أو كفَخِذِ أُمّي أو كفَرْجِ أُمّي فهذا وقولُه: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي على السّواءِ؛ لأنّه يَجْري مجرَى الصّريحِ لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ.

ولو قال: أنتِ عَلَيّ كأُمّي أو مثلُ أُمّي، يرجعُ إلى نيّتِه، فإنْ نَوَى به الظِّهارَ كان مُظاهِرًا، وإنْ نَوَى به الكرامةَ كان كرامةً، وإنْ نَوَى به الطّلاقَ كان طلاقًا، وإنْ نَوَى به اليمينَ كان إيلاءً؛ لأنّ اللّفظَ يحتملُ كُلّ ذلك؛ إذْ هو تَشْبيه المرأةِ بالأُمِّ، فيحتملُ التّشْبيهَ في الكرامةِ والمنزلةِ أي أنتِ عَلَيّ في الكرامةِ والمنزلةِ كأُمّي، ويحتملُ التّشْبيهَ في الحُرْمةِ ثُمّ يحتملُ ذلك حُرْمةَ الظّهارِ، ويحتملُ حُرْمةَ الطّلاقِ. ويحتمل حُرْمةَ اليمينِ، فأيّ ذلك نَوَى فقد نَوَى ما يحتملُه لفظُه، فيكونُ على ما نَوَى.

وإنْ لم يكنْ له نيّةٌ لا يكونُ ظهارًا عندَ أبي حنيفةَ وهو قولُ أبي يوسُفَ إلاّ أنّ عندَ أبي حنيفةَ لا يكونُ شيئًا، وعندَ أبي يوسُفَ يكونُ تَحْريمَ اليمينِ، وعندَ محمّدٍ يكونُ ظهارًا.

واحتَجّ محمّدٌ بقولِه تعالى في آيةِ الظّهارِ رَدّا على المُظاهرينَ: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡ﴾ [المجادلة:٢] وذَكَرَ اللّه سبحانه وتعالى الأُمّ ولم يَذْكُرْ ظَهْرَ الأُمِّ، فدَلّ أنّ تَشْبيهَ المرأةِ بالأُمّ وهو قولُه: أنتِ عَلَيّ كأُمّي، ظهارٌ حقيقةً كقولِه: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي بل أولى؛ لأنّ قوله: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي، تَشْبيه المرأةِ بعُضْوٍ من أعضائها.

وقولُه أنتِ [عليّ] كأُمّي، تَشْبيهٌ بكُلِّها ثُمّ ذاكَ لَمّا كان ظهارًا فهذا أولى؛ ولأنّ كافَ

(١) ليست في المخطوط.

التّشبيه تختَصُّ بالظِّهارِ فعندَ الطّلاقِ تُحمَلُ عليه ولأبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ أنّ هذا اللّفظَ يحتملُ الظِّهارَ وغيرَه احتمالاً على السّواءِ لما ذَكَرْنا فلا يتعَيّنُ الظِّهارُ إلاّ بدَليلٍ مُعَيّنٍ، ولم يوجدْ إلاّ أنّ أبا يوسُفَ يقولُ: يُحمَلُ على تَحْريم اليمينِ لأنّ الظِّهارَ أنّه أرادَ بهذا التّشْبيه التّشْبيهَ في التّحريمِ، وذلك [1] يحتملُ تَحْريمَ الطّلاقِ وتَحْريمَ اليمينِ إلاّ أنّ تَحْريمَ اليمينِ أدنى فيُحمَلُ [٢/ ١٢٢أ] عليه.

والجوابُ: أنّا لا نُسَلِّمُ أنّه أرادَ به التّشْبيهَ في التّحريمِ بل هو مُحْتَمَلٌ يحتملُ الحُرْمةَ وغيرَها فلا يتغَيّرُ التّحريمُ من غيرِ دَليلٍ مع ما أنّ معنى الكرامةِ والمنزلةِ أدنى فيُحمَلُ مُطْلَقُ التّشْبيه عليه . وما ذَكَرَه محمّدٌ أنّ اللّهَ تعالى ذَكَرَ الأُمّهاتِ لا ظُهورَهُنّ، قُلْنا هذا لا يَدُلُّ على أنّ التّشْبيهَ بالأُمّ ظهارٌ حقيقةً؛ لأنّه لو كان حقيقةً [2] لَقال: ما هُنّ كأمّهاتِهم [لأنه شبهها بالأم] [3]؛ لأنّه أثْبَتَ الأُموميّةَ لها.

ولو قال: أنتِ عَلَيّ حَرامٌ كأُمّي حُمِلَ على نيّتِه؛ لأنّه إذا ذَكَرَ مع التّشْبيه التّحريمَ لم يحتمل معنى الكرامةِ، فتَعَيّنَ التّحريمُ، وهو [4] يحتملُ [تَحْريمَ] [5] الظِّهارِ ويحتملُ تَحْريمَ الطّلاقِ والإيلاءِ فيُرْجَعُ إلى نيّتِه فإنْ لم يكنْ له نيّةٌ يكونُ ظهارًا؛ لأنّ حَرْفَ التّشْبيه يختصُّ بالظِّهارِ فمُطْلَقُ التّحريمِ يُحمَلُ عليه .

ولو قال: أنتِ عَلَيّ حَرامٌ كظَهْرِ أُمّي فإنْ نَوَى الظِّهارَ أو لا نيّةَ له أصلاً فهو ظهارٌ، وإنْ نَوَى الطّلاقَ لم يكنْ إلاّ ظهارًا في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يكونُ طلاقًا.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه يكونُ ظهارًا وطلاقًا مَعًا [6] .

وجه قولهما: أنّ قوله: أنتِ عَلَيّ حَرامٌ، يحتملُ الطّلاقَ كما يحتملُ الظِّهارَ فإذا نَوَى به الطّلاقَ، فقد نَوَى ما يحتملُه لفظُه فصَحّتْ نيّتُه.

وأبو حنيفةَ يقولُ: لَمّا قال بعدَ قولِه: حَرامٌ كظَهْرِ أُمّي، فقد فسّرَ التّحريمَ بتَحْريمِ الظِّهارِ فزالَ الاحتمالُ فكان صَريحًا في الظِّهارِ، فلا تعملُ فيه النّيّةُ، وما رُوِيَ عن أبي

---

(١) في المخطوط: «وقد».
(٢) في المخطوط: «كذلك».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ثم هو محتمل».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «جميعًا».

يوسُفَ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّه حَمَلَ اللّفْظَ [الواحدَ] [١] على معنَيَيْنِ [مختلفين] [٢] واللّفْظُ الواحدُ لا يَنْتَظِمُ معنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

ولو قال: أنتِ عَلَيّ كالميْتةِ، أو كالدّم، أو كالخمْرِ، أو (كلَحم الخِنْزيرِ يُرْجَعُ) [٣] إلى نيّتِه إنْ [٤] نَوَى الطّلاقَ كان طلاقًا، وإنْ نَوَى التّحريمَ أو لا نيّةَ له يكونُ يمينًا ويصيرُ موليًا . وإنْ قال: عَنَيْتُ به الكذِبَ، لم يكنْ شيئًا ولا يُصَدّقُ في نَفْيِ اليمينِ في القضاءِ، وقد ذَكَرْنا هذه المسألةَ في كِتاب الطّلاقِ في فصلِ الإيلاءِ والله الموفق .

فَصْلٌ [فيما يرجع إلى المظاهر منه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المُظاهَرِ منه:

فمنها: أنْ تكونَ زوجَتَه وهي أنْ تكونَ مَمْلوكةً له بملكِ النّكاحِ، فلا يصحُّ الظِّهارُ من الأجنَبيّةِ لعَدَمِ الملكِ، ويصحُّ ظهارُ زوجَتِه تَنْجيزًا وتَعليقًا وإضافةً إلى وقتٍ بأنْ قال لها: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي إلى رأسِ شهرِ كذا، لقيامِ الملكِ، وتَعليقًا في الملكِ بأنْ قال لها: إنْ دخلتِ الدّارَ أو إنْ كلّمْتِ فُلانًا فأنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي لوجودِ الملكِ وقتَ اليمينِ .

وأمّا تَعليقُه بالملكِ وهو إضافَتُه إلى سبب الملكِ فصَحيحٌ عندَنا خلافًا لَلشّافعيّ بأنْ قال لأجنَبيّةٍ: إنْ تزوّجْتُكِ فأنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي، حتّى لو تزوّجَها صار مُظاهرًا عندَنا لوجودِ الإضافةِ إلى سبب الملكِ [٥] .

وعندَه: لا يصحُّ لعَدَمِ الملكِ للحالِ [٦] .

ولو قال لأجنَبيّةٍ: إنْ دخلتِ الدّارَ فأنتِ عَلَيّ كظَهْرِ (أُمّي لا يقعُ الظِّهارُ) [٧] حتّى لو

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كالخنزير، رجع».
(٣) في المخطوط: «إن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٤/ ٢٥٧)، البحر الرائق (٤/ ١٠٧)، مجمع الأنهر (١/ ٤٤٧)، رد المحتار (٣/ ٤٦٧).
(٦) مذهب الشافعية أنه: لو قال: إذا نكحتك فأنت عَلَيَّ كظهر أمي فنكحها لم يكن مظاهرًا؛ لأن التحريم إنما يقع من النساء على من حَلَّ له، ولا معنى للتحريم في المُحَرَّم»، انظر: الأم (٨/ ٣٠٧)، أسنى المطالب (٣/ ٣٥٨)، تحفة المحتاج (٨/ ١٧٨).
(٧) في المخطوط: «لا يصح».

تزوّجَها فدخلَتِ الدّارَ لا يصيرُ مُظاهرًا بالإجماعِ لعَدَمِ [1] الملكِ والإضافةِ إلى سبب الملكِ، وعلى هذا يَخرُجُ الظِّهارُ من الأمةِ والمُدبَّرةِ وأُمِّ الولدِ [وولد أم الولد] [2] والمُكاتَبةِ والمُستَسْعاةِ، على أصلِ أبي حنيفةَ أنّه لا يصحُّ لعَدَمِ الزّوجيّةِ، ثُمّ إنّما كانتِ الزّوجيّةُ شرطًا لصحّةِ الإظهارِ؛ لأنّ ثُبوتَ الحُرْمةِ بالظِّهارِ أمرٌ ثبَتَ تَعبُّدًا غيرُ معقولِ المعنى؛ لأنّ قوله: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي، تَشْبيه المرأةِ بالأمِّ، وأنّه مُحْتَمَلٌ يحتملُ التّشبيهَ في الكرامةِ والمنزلةِ ويحتملُ التّشْبيهَ في الحُرْمةِ.

ثُمّ التّشْبيه في الحُرْمةِ مُحْتَمَلٌ أيضًا يحتملُ حُرْمةَ الظِّهارِ وهي الحُرْمةُ المُؤَقّتةُ بالكفّارةِ، ويحتملُ حُرْمةَ الطّلاقِ وحُرْمةَ اليمينِ وهذه الوجوه كُلُّها في احتمالِ اللّفْظِ سَواءٌ، فلا يجوزُ تَنْزيلُه على بعضِ الوجوه من غيرِ دَليلٍ مُعَيّنٍ إلاّ أنّ هذه الحُرْمةَ تَثْبُتُ شرعًا غيرَ معقولٍ فيُقْصَرُ [3] على موردِ الشّرعِ وهي الزّوجيّةُ قال اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة:٣] والمُرادُ منه الزّوجاتُ كما في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة:٢٢٦] وقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣] وقولُه عزّ وجلّ: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة:٢٢٣] ونحوُ ذلك، وسَواءٌ كانتِ الزّوجةُ حُرّةً أو أمةً قِنّةً أو مُدبّرةً وأُمّ ولدٍ ووَلَدَ أُمِّ ولدٍ أو مُكاتَبةً أو مُسْتَسْعاةً على أصلِ أبي حنيفةَ لعُمومِ قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة:٣].

ومنها: قيامُ مِلْكِ النّكاحِ من كُلِّ وجهٍ فلا يصحُّ الظِّهارُ من المُطلّقةِ ثلاثًا ولا المُبانةِ والمُخْتَلِعةِ، وإنْ كانت في العِدّةِ بخلافِ الطّلاقِ؛ لأنّ المُخْتَلِعةَ والمُبانةَ يَلْحقُهما صَريحُ الطّلاقِ؛ لأنّ الظِّهارَ تَحْريمٌ وقد ثَبَتَتِ الحُرْمةُ بالإبانةِ والخُلْعِ، وتَحْريمُ المُحَرّمِ مُحالٌ ولأنّه لا يُفيدُ؛ لأنّ الثّانيَ لا يُفيدُ إلاّ ما أفادَه الأوّلُ فيكونُ عَبَثًا لخُلوِّه عن العاقِبةِ الحميدةِ بخلافِ الطّلاقِ؛ ولأنّ الطّلاقَ إزالةُ حِلِّ المحَلّيّةِ وأنّه قائمٌ بعدَ الإبانةِ فلم يكنْ إثباتَ الثّابتِ فلم يكنْ مُسْتَحيلاً.

وكذا الثاني: يُفيدُ غيرَ ما أفادَه الأوّلُ وهو نُقْصانُ [٢/ ١٢٢ب] العدَدِ فهو الفرقُ بين الفصلَيْنِ وكذا إذا عَلّقَ الطّلاقَ بشرطٍ، ثُمّ أبانَها قبل وجودِ الشّرطِ، ثُمّ وُجِدَ الشّرطَ وهي

---

(١) في المخطوط: «لانعدام».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فيقتصر».

في العِدّةِ أنّه لا يَنْزِلُ الظِّهارُ بخلافِ ما إذا عَلّقَ الإبانةَ بشرطٍ فنَجّزَ الإبانةَ، ثُمّ وُجِدَ الشّرطَ وهي في العِدّةِ أنّه يَلْحقُها البائنُ المُعَلّقُ لما ذَكَرْنا أنّ الظِّهارَ تَحْريمٌ والمُبانةُ مُحَرّمةٌ، فلو لَحِقَها الظِّهارُ بيمينٍ كانت قبل الإبانةِ لَكان تَحْريمَ المُحَرّمِ، وهو [١] مُسْتَحيلٌ ثُمّ هو غيرُ مُفيدٍ [٢] فاستَوَى فيه الظِّهارُ المُبْتَدَأُ والمُعَلّقُ بشرطٍ بخلافِ البينونةِ المُعَلّقةِ بشرطٍ؛ لأنّ ثُبوتَها بعدَ تَنْجيزِ الإبانةِ غيرُ مُسْتَحيلٍ وهو مُفيدٌ أيضًا وهو نُقْصانُ العدَدِ واللّه عَزّ وجَلّ المُوَفِّقُ.

ومنها: أنْ يكونَ الظِّهارُ مُضافًا إلى بَدَنِ الزّوجةِ أو إلى عُضْوٍ منها جامِعٍ أو شائعٍ وهذا عندَنا [٣]، وعندَ الشّافعيِّ: ليس بشرطٍ وتَصحُّ الإضافةُ إليها أو إلى كُلِّ عُضْوٍ منها [٤].

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا قال لها: رأسُكِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي أو وجهُكِ أو رَقَبَتُكِ أو فرجُكِ، أنّه يصيرُ مُظاهِرًا؛ لأنّ هذه الأعضاءَ يُعَبّرُ بها عن جميعِ البدَنِ فكانتِ الإضافةُ إليها إلى جميعِ [٥] البدَنِ.

وكذا إذا قال لها: ثُلُثُكِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي أو رُبْعُكِ أو نصفُكِ، ونحوُ ذلك من الأجزاءِ الشّائعةِ.

ولو قال: يَدُكِ أو رِجْلُكِ أو أُصْبُعُكِ لا يصيرُ مُظاهِرًا عندَنا خلافًا للشّافعيِّ. واختلف مَشايِخُنا في الظّهْرِ والبطْنِ، وهذه الجملةُ قد مَرّتْ في كِتاب الطّلاقِ.

* * *

---

(١) في المخطوط: «وأنه». (٢) في المخطوط: «سديد».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٦/ ٢٢٦، ٢٢٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٦٤)، فتح القدير (٤/ ٢٥١).

(٤) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشيرازي: «وإن شبه عضوًا من زوجته بظهر أمه بأن قال: رأسك أو يدك عَلَيّ كظهر أمي فهو ظهار؛ لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق...»، انظر المهذب (٢/ ١١٢)، روضة الطالبين (٨/ ٢٦٣)، الأم (٥/ ٢٩٥)، أسنى المطالب (٣/ ٣٥٨)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ١٦)، مغني المحتاج (٥/ ٣١)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٥٣).

(٥) في المخطوط: «جزء».

فصلٌ [فيما يرجع إلى المظاهر به]

وأمّا الذي يُرْجَعُ إلى المُظاهَرِ به:

فمنها: أنْ يكونَ من جِنْسِ النِّساءِ حتّى لو قال لها: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أبي أو ابني، لا يصحُّ الظهار؛ لأنّ الظِّهارَ عُرْفًا موجِبًا بالشّرعِ، والشّرعُ إنّما ورَدَ بها فيما إذا كان المُظاهَرِ به امرأةً.

ومنها: أنْ يكونَ عُضوًا لا يَحِلُّ له النّظَرُ إليه من الظّهْرِ والبطْنِ والفخِذِ والفرجِ حتّى لو شَبّهَها برأسِ أُمّه أو بوَجْهِها أو يَدِها أو رِجْلِها لا يصيرُ مُظاهرًا؛ لأنّ هذه الأعضاءَ من أُمّه يَحِلُّ له النّظَرُ إليها.

ومنها: أنْ تكونَ هذه الأعضاءُ من امرأةٍ يَحْرُمُ نِكاحُها عليه على التّأبيدِ سَواءٌ حُرِّمَتْ عليه بالرّحِمِ كالأُمِّ والبنتِ والأُخْتِ وبنتِ الأخِ والأُخْتِ والعمّةِ والخالةِ، أو بالرّضاعِ، أو بالصِّهْرِيّةِ كامرأةِ أبيه وحَليلةِ ابنِه؛ لأنّه يَحْرُمُ عليه نِكاحُهُنّ على التّأبيدِ، وكذا أُمُّ امرأتِه سَواءٌ كانتِ امرأتُه مدخولاً بها أو غيرَ مدخولٍ بها؛ لأنّ نفسَ العقدِ على البنتِ مُحَرِّمٌ للأُمِّ فكانت مُحَرّمةً عليه على التّأبيدِ. وأمّا بنتُ امرأتِه فإنْ كانتِ امرأتُه مدخولاً بها فكذلك؛ لأنّه إذا دخلَ بها فقد حُرِّمَتْ عليه ابنَتُها على التّأبيدِ، وإنْ كانت غيرَ مدخولٍ بها لا يصيرُ مُظاهرًا لعَدَمِ الحُرْمةِ على التّأبيدِ.

ولو شَبّهَها بظَهْرِ امرأةٍ زَنَى بها أبوه أو ابنُه.

قال أبو يوسُفَ: هو مُظاهِرٌ، وقال محمّدٌ: ليس بمُظاهِرٍ بناءً على أنّ قاضيًا لو قضَى بجَوازِ نِكاحِ امرأةٍ زَنَى بها أبوه أو ابنُه لا يَنْفُذُ قضاؤُه عندَ أبي يوسُفَ، حتّى لو رُفِعَ [قضاؤُه] (١) إلى قاضٍ آخرَ أبْطَلَه، فكانت مُحَرّمةَ النِّكاحِ على التّأبيدِ، وعندَ محمّدٍ يَنْفُذُ قضاؤُه وليس للقاضي الثّاني أنْ يُبْطِلَه إذا رُفِعَ إليه فلم تكُنْ مُحَرّمةً على التّأبيدِ.

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ حُرْمةَ نِكاحِ موطوءةِ الأب مَنْصوصٌ عليها قال اللّهَ تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] لأنّ النِّكاحَ في اللُّغةِ: الضّمُّ،

(١) ليست في المخطوط.

وحقيقةُ الضَّمِّ في الوطْءِ، فلم يكنْ هذا مَحَلّ الاجتِهادِ إذِ الاجتِهادُ المُخالِفُ للنُّصوصِ باطِلٌ فالقضاءُ بالجوازِ يكونُ مُخالِفًا للنّصّ فكان باطِلًا بخلافِ ما إذا شَبّهَها بامرأةٍ قد فُرِّق بينه وبينها باللِّعانِ أنّه لا يكونُ مُظاهرًا، وإنْ كان لا يجوزُ له نِكاحُها عندي؛ لأنّه لو حَكَمَ [حاكم] [(١)] بجَوازِ نِكاحِها جاز لأنّ حُرْمةَ نِكاحِها غيرُ مَنصوصٍ عليه، فلم تكُنْ مُحَرّمةً على التّأبيدِ [(٢)].

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ جَوازَ نِكاحِ هذه المرأةِ مُجْتَهَدٌ فيه ظاهرُ الاجتِهادِ، وإنّه [(٣)] جائزٌ عندَ الشّافعيِّ، وقد ظَهَرَ الاختلافُ فيه في السّلَفِ فكان مَحَلّ الاجتِهادِ، وظاهرُ النّصِّ مُحْتَمِلُ التّأويلِ فكان للاجتِهادِ فيه مساغًا ولِلرّأيِ مَجالاً.

ولو شَبّهَها بظَهْرِ امرأةٍ هي أُمُّ المزْنيِّ بها أو بنتُ المزْنيِّ بها لم يكنْ مُظاهرًا؛ لأنّ هذا فصلٌ مُجْتَهَدٌ فيه ظاهرُ الاجتِهادِ في السّلَفِ، فلم تكُنِ المرأةُ المُظاهَرُ بها مُحَرّمةً على التّأبيدِ.

ولو قَبّلَ أجنَبيّةً بشهوةٍ أو نَظَرَ إلى فرجِها بشهوةٍ، ثُمّ شَبّهَ زوجَتَه بابنَتِها [(٤)] لم يكنْ مُظاهرًا عندَ أبي حنيفةَ قال: ولا يُشْبه هذا الوطْءَ، الوطْءُ أبْيَنُ وأظْهَرُ، عَنَى بذلك [أنه] [(٥)] لو شَبّهَ زوجَتَه ببنتِ موطوءَتِه فلا يصيرُ مُظاهرًا فهذا أولى؛ لأنّ التّقبيلَ واللّمْسَ والنّظَرَ إلى الفرجِ سببٌ مُفْضٍ إلى الوطْءِ فكان دونَ حقيقةِ الوطْءِ فلَمّا لم يصِرْ مُظاهرًا بذلك فهذا أولى. وعندَ أبي يوسُفَ يكونُ مُظاهرًا؛ لأنّ الحُرْمةَ بالنّظَرِ مَنصوصٌ عليها.

قال النّبيُّ ﷺ: **«مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ [٢/ ١٢٣أ] أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا»** [(٦)] وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا شَبّهَها بامرأةٍ مُحَرّمةٍ عليه في الحالِ وهي مِمّنْ تَحِلُّ له

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٦/ ٢٢٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٦٤)، البحر الرائق (٤/ ١٠٣).

(٣) في المخطوط: «فإنه». (٤) في المخطوط: «بها».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣/ ٤٨١)، عن أبي هانئ قال: قال رسول الله ﷺ: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها»، رواه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٩) وإنما الذي يروى فيه عن النبي ﷺ: «إذا نظر الرجل إلى فرج المرأة حرمت عليه أمها وابنتها» فإنه رواه الحجاج بن أرطاة عن أبي هانئ أو أم هانئ عن النبي ﷺ. وهذا منقطع ومجهول وضعيف، . . =

في حالٍ أُخرى كأُخْتِ امرأتِه أو امرأةٍ لها زوجٌ أو مَجوسيّةٍ أو مُرْتَدّةٍ أنّه لا يكونُ مُظاهرًا؛ لأنّها غيرُ مُحرّمةٍ على التّأبيدِ، واللّه أعلَمُ .

فَصْلٌ [في حكم الظهار]

وأمّا حُكمُ الظِّهارِ فلِلظِّهارِ أحْكامٌ:

منها: حُرْمةُ الوطْءِ قبل التّكفيرِ ولِقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة :٣] أي فلْيُحَرِّروا كما في قولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة :٢٣٣] أي: لِيُرْضِعْنَ، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة :٢٢٨] أي: ليتربّصْنَ، أمر المُظاهرَ بتَحْريرِ رَقَبةٍ قبل المسيسِ، فلو لم يُحَرِّم الوطْءَ قبل المسيسِ لم يكنْ للأمرِ بتقديمِ التّحريرِ قبل المسيسِ معنًى، وهو كقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَٰجَيْتُمُ ٱلرَّسُولَ فَقَدِّمُوا۟ بَيْنَ يَدَىْ نَجْوَىٰكُمْ صَدَقَةً﴾ [المجادلة :١٢] وإنّه يَدُلُّ على حُرْمةِ النّجْوَى قبل الصّدَقةِ إذْ لو لم يَحْرُم لم يكنْ للأمرِ بتقديمِ الصّدَقةِ على النّجْوَى معنًى فكذا هذا.

وَرُوِيَ أَنَّ سلمة بْنَ صَخْرٍ الْبَيَاضِيَّ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ ثُمَّ أَبْصَرَهَا فِي لَيْلَةٍ قَمْرَاءَ وَعَلَيْهَا خَلْخَالُ فِضَّةٍ فَأَعْجَبَتْهُ فَوَطِئَهَا فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَلاَ تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ» (١) أمره ﷺ بالاستِغْفارِ، والاستِغْفارُ إنّما يكونُ

=الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فيما يسنده فكيف بما يرسله عمن لا يعرف؟!. وروى الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا ؟!، حديث (١١١٧)، من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها وإن لم يكن دخل بها فلينكح ابنتها وأيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها فلا يحل له نكاح أمها»، وقال الترمذي: «هذا حديث لا يصح من قِبَلِ إسناده وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يُضعفان في الحديث». وقال ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٧٣): قال أبو زرعة: ابن لهيعة ليس ممن يحتج به. وقال أحمد بن حنبل: المثنى حديثه لا يساوي شيئًا، وقال النسائي: متروك الحديث.

(١) قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٧٥): لم أجد في شيء من طرقه ذكر الاستغفار، والحديث رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب: في الطهارة، حديث (٢٢٢١)، بلفظ: «فاعتزلها حتى تُكفر عنك». وكذا الطبراني في الكبير (١١/ ٢٣٦)، حديث (١١٥٩٩)، بلفظ: «اعتزلها حتى تكفر»، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣٨٦)، حديث (١٥٠٣٨). والدارقطني في سننه (٣/ ٣١٦)، حديث (٢٦١). قلت: وانظر خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٢٩)، ونصب الراية (٣/ ٢٤٦)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح أبي داود.

عن [١] الذّنب، فدَلّ على حُرْمةِ الوطْءِ، وكذا نَهَى المُظاهرَ عن العوْدِ إلى الجِماعِ، ومُطْلَقُ النهيِ للتّحريمِ فيَدُلُّ على حُرْمةِ الجِماعِ قبل الكفّارةِ.

ورُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: إذا قال: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي لم تَحِلّ له حتّى يُكَفّرَ.

ومنها: حُرْمةُ الاستمْتاعِ بها من المُباشرةِ والتّقْبيلِ واللّمْسِ عن شهوةٍ والنّظَرِ إلى فرجِها عن شهوةٍ قبل أنْ يُكَفّرَ؛ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] وأخَفُّ ما يقعُ عليه اسمُ المسّ هو اللّمْسُ باليدِ إذْ هو حقيقةٌ لهما جميعًا - أعني الجِماعَ واللّمْسَ باليدِ- لوجودِ معنى المسّ [٢] باليدِ فيهما؛ ولأنّ الاستمْتاعَ داعٍ إلى الجِماعِ فإذا حَرُمَ الجِماعُ حَرُمَ الدّاعي إليه إذْ لو لم يَحْرُم لأدّى إلى التّناقُضِ ولهذا حَرُمَ في الاستِبْراءِ وفي الإحرامِ بخلافِ باب الحيضِ والنّفاسِ؛ لأنّ الاستمْتاعَ هناك لا يُفْضي إلى الجِماعِ لوجودِ المانِعِ وهو استعمالُ الأذى فامتَنَعَ عَمَلُ الدّاعي للتّعارُضِ فلا يُفْضي إلى الجِماعِ؛ ولأنّ هذه الحُرْمةَ إنّما حَصَلَتْ بتَشْبيه امرأتِه بأُمّه فكانت قبل انتِهائها بالتّكفيرِ وحُرْمةُ الأُمّ سَواءً، وتلك الحُرْمةُ تمنَعُ من الاستمْتاعِ كذا هذه؛ ولأنّ الظّهارَ كان طلاقَ القوْمِ [٣] في الجاهليّةِ فنَقَلَه الشّرعُ من تَحْريمِ المحَلّ إلى تَحْريمِ الفعلِ، فكانت حُرْمةُ الفعلِ في المُظاهَرِ منها مع بقاءِ النّكاحِ كحُرْمةِ الفعلِ في المُطَلّقةِ بعدَ زوالِ النّكاحِ، وتلك الحُرْمةُ تَعُمّ (البدَنَ كُلّه) [٤] كذا هذه. ولا يَنْبَغي للمرأةِ إذا ظاهَرَ منها زوجُها أنْ تَدَعَه يقرَبُها بالوطْءِ والاستمْتاعِ حتّى يُكَفّرَ؛ لأنّ ذلك حَرامٌ عليه والتّمْكينُ من الحرامِ حَرامٌ.

ومنها: أنّ للمرأةِ أنْ تُطالبه بالوطْءِ وإذا طالَبَتْه به فعلى الحاكِمِ أنْ يُجْبرَه حتّى يُكَفّرَ ويَطَأ؛ لأنّه بالتّحريمِ بالظّهارِ أضَرّ بها حيثُ مَنَعَها حقّها في الوطْءِ مع قيامِ الملكِ فكان لها المُطالَبةُ بإيفاءِ حقّها ودَفْعِ التّضَرُّرِ عنها وفي وُسْعِه إيفاءُ حقّها بإزالةِ الحُرْمةِ بالكفّارةِ فيجبُ عليه ذلك ويُجْبَرُ عليه لو امتَنَعَ.

ويَسْتَوي في هذه الأحْكامِ جميعُ أنواعِ الكفّاراتِ كُلّها من الإعتاقِ والصّيامِ والطّعامِ [٥]

---

(١) في المخطوط: «على».
(٢) في المخطوط: «اللمس».
(٣) في المخطوط: «البدن».
(٤) في المخطوط: «كل البدن».
(٥) في المخطوط: «الإطعام».

أعني كما أنّه لا يُباحُ له وطْؤُها والاستمْتاعُ بها قبل التّحريرِ والصّوْمِ لا يُباحُ له قبل الإطعامِ وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ [١].

وقال مالِكٌ: إنْ كانت كفّارَتُه الإطعامَ جاز له أنْ يَطَأها قبله [٢]؛ لأنّ اللّهَ تعالى ما شرَطَ تقديمَ هذا النّوعِ على المسيسِ في كِتابه [الكريم. ألا تَرَى أنّه لم يَذْكُرْ فيه من «قَبْلِ أنْ يتماسّا»؟] [٣] وإنّما شرَطَ سبحانه وتعالى في النّوعَيْنِ الأوّلَيْنِ فقَطْ فيقتَصِرُ الشّرطُ على الموضِعِ المذكورِ.

ولنَا: أنّه لو أُبيحَ له الوطْءُ قبل الإطعامِ فيَطَؤُها، ومن الجائزِ أنّه يقدِرُ على الإعتاقِ والصّيامِ في خلالِ الطّعامِ [٤] فتَنْتَقِلُ كفّارَتُه إليه، فتَبيّنَ [٥] أنّ وطْأه [٦] كان حَرامًا فيجبُ صيانَتُه عن الحرامِ بإيجاب تقديمِ [٧] الإطعامِ احتياطًا.

وعلى هذا يَخْرُجُ [٨] ما إذا ظاهَرَ الرّجُلُ من أربعِ نسوةٍ له أنّ عليه أربعَ كفّاراتٍ سَواءٌ ظاهَرَ منهُنّ بأقوالٍ مُخْتَلِفةٍ أو بقولٍ واحدٍ [٩].

وقال الشّافعيُّ: إذا ظاهَرَ بكَلِمةٍ واحدةٍ فعليه كفّارةٌ واحدةٌ [١٠].

وجه قولِه: أنّ الظِّهارَ أحدُ نوعَيِ التّحريمِ، فيُعْتَبَرُ بالنّوعِ الآخَرِ وهو الإيلاءُ، وهناك لا يجبُ إلاّ كفّارةٌ واحدةٌ بأنْ قال لنسائه الأربعِ: واللّه لا أقربُكُنّ، فقَرِبَهُنّ فكذا ههنا.

ولنا: الفرقُ بين الظِّهارِ وبين الإيلاءِ وهو أنّ الظِّهارَ وإنْ كان بكَلِمةٍ واحدةٍ فإنّها تَتَناوَلُ كُلّ واحدةٍ منهُنّ على حيالِها [٢/ ١٢٣ب] فصار مُظاهِرًا من كُلِّ واحدةٍ منهُنّ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٩٨)، المبسوط (٦/ ٢٣٠).
(٢) مذهب المالكية: أنه لا يجامع حتى يُطْعِم. انظر: المدونة (٣/ ٦٠)، المعونة (٢/ ٦٥١).
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أو».
(٥) في المخطوط: «الإطعام».
(٦) في المخطوط: «فيتبين».
(٧) في المخطوط: «وطأها».
(٨) في المخطوط: «يتخرج».
(٩) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٨٩)، المبسوط (٦/ ٢٢٦).
(١٠) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشيرازي: «وإن تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكهن لزمه لكل واحدة كفارة، وإن تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال أنتن عَلَيّ كظهر أمي وأمسكهن ففيه قولان: قال في القديم تلزمه كفارة واحدة... وقال في الجديد: يلزمه أربع كفارات؛ لأنه وُجد الظهار والعود في حق كل واحدة منهن فلزمه أربع كفارات كما لو أفردهن بكلمات». انظر: المهذب (٢/ ١١٤)، الأم (٨/ ٣٠٧)، روضة الطالبين (٨/ ٢٧٥)، أسنى المطالب (٣/ ٣٦١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٢٠)، مغني المحتاج (٥/ ٣٨)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٥٧).

والظِّهارُ تَحْريمٌ لا يَرْتَفِعُ إلاّ بالكفّارةِ فإذا تَعَدّدَ التّحريمُ تَتَعَدّدُ الكفّارةُ بخلافِ الإيلاءِ؛ لأنّ الكفّارةَ ثَمّةَ تجبُ لحُرْمةِ اسمِ اللّه تعالى جَبْرًا لهَتْكِه والاسمُ اسمٌ واحدٌ فلا تجبُ إلاّ كفّارةٌ واحدةٌ، وكذا [1] إذا ظاهَرَ من امرأةٍ واحدةٍ بأربعةِ أقوالٍ يَلْزَمُه أربعُ كفّاراتٍ؛ لأنّه أتى بأربعِ تَحْريماتٍ، ولو ظاهَرَ من امرأةٍ واحدةٍ في مجلسٍ واحدٍ ثلاثًا أو أربعًا فإنْ لم يكنْ له نيّةٌ فعليه لكُلِّ ظهارٍ كفّارةٌ؛ لأنّ كُلّ ظهارٍ يوجِبُ تَحْريمًا لا يَرْتَفِعُ إلاّ بالكفّارةِ.

فإنْ قيلَ: إنّها إذا حَرُمَتْ بالظِّهارِ الأوّلِ فكيف تَحْرُمُ بالثّاني؟ وأنّه إثباتُ الثّابتِ وأنّه مُحالٌ ثُمّ هو غيرُ مُفيدٍ.

فالجوابُ أنّ الثّانيَ إنْ كان لا يُفيدُ تَحْريمًا جَديدًا فإنّه يُفيدُ تأكيدَ الأوّلِ فلَئِنْ تَعَذّرَ إظهارُه في التّحريمِ أمكَنَ إظهارُه في التّكفيرِ فكان مُفيدًا فائدةَ التّكفيرِ، وإنْ نَوَى به الظِّهارَ الأوّلَ فعليه كفّارةٌ واحدةٌ؛ لأنّ صيغَتَه صيغةُ الخبَرِ وقد يُكَرِّرُ الإنسانُ اللّفْظَ على إرادةِ التّغْليظِ والتّشديدِ دونَ التّجْديدِ، والظِّهارُ لا يوجِبُ نُقْصانَ العدَدِ في الطّلاقِ؛ لأنّه ليس بطلاقٍ ولا يوجِبُ البينونةَ وإنْ طالَتِ المُدّةُ؛ لأنّه لا يوجِبُ زوالَ الملكِ وإنّما يَحْرُمُ الوطْءُ قبل التّكفيرِ مع قيامِ الملكِ.

وإنْ جامعها قبل أنْ يُكَفِّرَ لا يَلْزَمُه كفّارةٌ أُخرى وإنّما عليه التّوْبةُ والاستِغْفارُ ولا يجوزُ له أنْ يَعودَ حتّى [2] يُكَفِّرَ لما رَوَيْنا أنّ رسول اللّه ﷺ قال لذلك الرّجُلِ الذي ظاهَرَ من امرأتِه فواقَعَها قبل أنْ يُكَفِّرَ: «اسْتَغْفِرِ اللّهَ وَلَا تَعُدْ حَتّى تُكَفِّرَ» [3] فأمره ﷺ بالاستِغْفارِ لما فعَلَ [و] [4] بالكفّارةِ ونَهاه ﷺ عن العوْدِ إليه إلاّ بتقديمِ الكفّارةِ عليه واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

[فصلٌ في بيان ما ينتهي به حكم الظهار]

وأمّا بيانُ ما يَنْتَهي به حُكمُ الظِّهارِ أو يَبْطُلُ، فحُكمُ الظِّهارِ يَنْتَهي بموتِ أحدِ الزّوجَيْنِ لبُطْلانِ مَحَلِّ حُكمِ الظِّهارِ ولا يُتَصَوّرُ بقاءُ الشّيءِ في غيرِ مَحلِّه ويَنْتَهي بالكفّارةِ وبالوقتِ إنْ كان موَقّتًا.

وبيانُ ذلك أنّ الظِّهارَ لا يَخْلو إمّا أنْ كان مُطْلَقًا وإمّا أنْ كان موَقّتًا، فالمُطْلَقُ كقولِه:

---

(١) في المخطوط: «وكذلك».
(٢) في المخطوط: «ما لم».
(٣) سبق تخريجه قريبًا.
(٤) في المطبوع: «لا».

أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي وحُكمُه لا يَنْتَهي إلاّ بالكفّارةِ؛ لقولِه ﷺ لذلك المُظاهِرِ: «اسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَلَا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ» نَهاه عن الجِماعِ ومَدّ النّهيَ إلى غايةِ التّكفيرِ فيمْتَدُّ إليها ولا يَبْطُلُ ببُطْلانِ ملكِ النّكاحِ ولا ببُطْلانِ حِلِّ المحَلّيّةِ حتّى لو ظاهَرَ منها طلاقًا ثُمّ طَلّقَها طلاقًا بائنًا ثُمّ تزوّجَها لا يَحِلُّ له وطْؤُها والاستمْتاعُ بها حتّى يُكَفِّرَ . وكذا إذا كانت زوجَتُه أمةً فظاهَرَ منها ثُمّ اشتَراها حتّى بَطَلَ النّكاحُ بملكِ اليمينِ، وكذا لو كانت حُرّةً فارْتَدّتْ عن الإسلامِ ولحِقَتْ بدارِ الحرْب فسُبيَتْ ثُمّ اشتَراها . وكذا إذا ظاهَرَ منها ثُمّ (ارتد) [1] عن الإسلامِ في قولِ أبي حنيفةَ واختلفتِ الرِّوايةُ عن أبي يوسُفَ على ما ذَكَرْناه في الإيلاءِ.

وكذا إذا طَلّقَها ثلاثًا فتزوّجَتْ بزوجٍ آخَرَ ثُمّ عادَتْ إلى الأوّلِ لا يَحِلُّ له وطْؤُها بدونِ تقديمِ الكفّارةِ عليه؛ لأنّ الظِّهارَ قد انعَقَدَ موجِبًا حُكمَه وهو الحُرْمةُ والأصلُ أنّ التّصرُّفَ الشّرعيّ إذا انعَقَدَ مُفيدًا لحُكمِه وفي بقائه احتمالُ الفائدةِ أو وهْمُ الفائدةِ يَبْقَى لفائدةٍ مُحْتَمَلةٍ أو موهومةٍ أصلُه الإباقُ الطّارِئُ على البيعِ، واحتمالُ العوْدِ ههنا قائمٌ فيَبْقَى وإذا بقيَ يَبْقَى على ما انعَقَدَ عليه وهو ثُبوتُ حُرْمةٍ لا تَرْتَفِعُ إلاّ بالكفّارةِ وإنْ كان موَقّتًا بأنْ كان قال لها: أنتِ عَلَيّ كظَهْرِ أُمّي يومًا أو شهرًا أو سَنةً صَحّ التّوْقيتُ ويَنْتَهي بانتِهاءِ الوقتِ بدونِ الكفّارةِ عندَ عامّةِ العلماءِ [2] وهو أحدُ قولي الشّافعيِّ [3]، وفي قولِه الآخَرِ -وهو قولُ مالِكٍ- يَبْطُلُ التّأقيتُ ويتأبّدُ الظِّهارُ [4].

وجه قولِه: أنّ الظِّهارَ أخو الطّلاقِ؛ إذْ هو أحدُ نوعَيِ التّحريمِ، ثُمّ تَحْريمُ الطّلاقِ لا يحتملُ التّأقيتَ كذا تَحْريمُ الظِّهارِ.

ولنا: أنّ تَحْريمَ الظِّهارِ أشبَهَ بتَحْريمِ اليمينِ من الطّلاقِ؛ لأنّ الظِّهارَ تُحِلُّه الكفّارةُ كاليمينِ (يحلها) [5] الحِنْثُ، ثُمّ اليمينُ تَتَوَقّتُ كذا الظِّهارُ بخلافِ الطّلاقِ؛ لأنّه لا يُحِلُّه شيءٌ فلا يتوَقّتُ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

---

(١) في المخطوط: «ارتد».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٨٤)، مختصر الطحاوى ص (٢١٢)، المبسوط (٦/ ١٣٢).

(٣) مذهب الشافعية: أن الظهار المؤقت يبطل بمضي المدة. انظر: المزني ص (٢٠٣).

(٤) مذهب المالكية: أنه مظاهر أبدًا. انظر: المدونة (٣/ ٥٣).

(٥) في المطبوع: «يحله».

فَصْلٌ [في كفارة الظهار]

وأمّا بيانُ كفّارةِ الظِّهارِ فالكلامُ فيه يقعُ في مواضِعَ في تَفْسيرِ كفّارةِ الظِّهارِ، وفي بيانِ سبب وجوبها، وفي بيانِ شرطِ وجوبها، وفي بيانِ شرطِ جَوازِها.

أمّا تَفْسيرُها: فما ذَكَرَه اللّه عَزّ وجَلّ في كِتابه العزيزِ من أحدِ الأنواعِ الثّلاثةِ لكنْ على التّرْتيب: الإعتاقُ ثُمّ الصّيامُ ثُمّ الإطعامُ.

وَأمّا سببُ وجوب الكفّارةِ فلا خلافَ في أنّ الكفّارةَ لا تجبُ إلاّ بعدَ وجودِ العوْدِ والظِّهارِ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] غيرَ أنّه اختُلِفَ في العوْدِ.

قال أصحابُ الظّواهرِ: هو أنْ يُكرِّرَ لفظَ الظِّهارِ (١).

وقال الشّافعيُّ: هو إمساكُ المرأةِ على النِّكاحِ بعدَ الظِّهارِ وهو أنْ [٢/ ١٢٤أ] يَسْكُتَ عن طلاقها عَقيبَ الظِّهارِ مِقْدارَ ما يُمْكِنُه طلاقَها فيه إذا (٢) أمسَكَها على النِّكاحِ عَقيبَ الظِّهارِ مِقْدارَ (٣) ما يُمْكِنُه طلاقُها (٤) فيه فلم يُطَلِّقْها فقد وجَبَتْ عليه الكفّارةُ على وجهٍ لا يحتملُ السُّقوطَ بعدَ ذلك سَواءٌ غابَتْ أو ماتتْ (٥). وإذا غابَ فَسواءٌ طَلّقَها أو لم يُطَلِّقْها راجَعَها أو لم يُراجِعْها ولو طَلّقَها عَقيبَ الظِّهارِ بلا فصلٍ يُبْطِلُ الظِّهارَ فلا تجبُ الكفّارةُ لعَدَمِ إمساكِ المرأةِ عَقيبَ الظِّهارِ.

وقال أصحابُنا: العوْدُ هو العزْمُ على وطْئِها عَزْمًا مُؤَكّدًا (٦) حتّى لو عَزم ثُمّ بَدا له في أنْ يَطَأها لا كفّارةَ عليه لعَدَمِ العزْمِ المُؤكّد لا أنّه وجَبَتِ الكفّارةُ بنفسِ العزْمِ ثُمّ سَقَطَتْ كما قال بعضُهم؛ لأنّ الكفّارةَ بعدَ سُقوطِها لا تَعودُ إلاّ بسببٍ جَديدٍ.

---

(١) في بيان مذهب الظاهرية يقول ابن جزم: «أو قال لها: أنت مني بظهر أمي، أو كظهر أمي، أو مثل ظهر أمي، فلا شيء عليه، ولا يُحرَّم بذلك وطؤها عليه، حتى يكرر القول بذلك مرة أخرى، فإذا قال لها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار». انظر: المحلى (٩/ ١٨٩).

(٢) في المخطوط: «فإذا». (٣) في المخطوط: «قدر».

(٤) في المخطوط: «أن يطلقها».

(٥) مذهب الشافعية: أنه إذا أمكنه أن يطلقها بعد الظهار، فلم يطلق، فقد وجبت الكفارة، ماتت أو مات، انظر: مختصر المزنى ص ٢٠٤.

(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٨٥)، المختصر (ص٢١٣).

وجه قولِ أصحاب الظّواهرِ: التّمسُّكُ بظاهرِ لفظةِ العوْدِ؛ لأنّ العوْدَ في القولِ عِبارةٌ عن تكرارِه قال اللّه تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَىٰ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [المجادلة :٨] فكان معنى قولِه: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة :٣] أي: يرجعونَ إلى القولِ الأوّلِ فيُكرِّرونَه .

وجه قولِ الشّافعي: أنّ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [مِّن قَبْلِ] [(١)]﴾ [المجادلة :٣] يقتَضي وجوبَ الكفّارةِ بعدَ العوْدِ وذلك فيما قُلْنا لا فيما قُلْتُم؛ لأنّ عندَكُم لا تجبُ الكفّارةُ وإنّما يَحْرُمُ الوطْءُ إلى أنْ يُؤَدّيَ الكفّارةَ فترْفَعَ الحُرْمةُ وهذا خلافُ النّصِّ .

ولنا: أنّ قول القائلِ: قال فُلانٌ كذا ثُمّ عادَ لما، قال في اللُّغةِ يحتملُ أنْ يكونَ معناه عادَ إلى ما قال وفيما قال أي كرّرَه، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ معناه عادَ لنَقْضِ ما قال، فإنّه حُكِيَ أنّ أعرابيًّا تكلّمَ بين يَدَيِ الأصمَعيِّ بأنّه كان يَبني بناءً ثُمّ يَعودُ له فقال له الأصمَعيُّ: ما أرَدْتَ بقولِك: أعودُ له؟ فقال: أنْقُضُه .

ولا يُمْكِنُ حَمْلُه على الأوّلِ وهو التّكرارُ؛ لأنّ القول [(٢)] لا يحتملُ التّكرارَ؛ لأنّ التّكرارَ إعادةُ عَيْنِ الأوّلِ ولا يُتَصَوّرُ ذلك في الأعراضِ لكَوْنِها مُسْتَحيلةَ البقاءِ فلا يُتَصَوّرُ إعادَتُها وكذا النّبيُّ ﷺ لَمّا أمر أوَيْسًا بالكفّارةِ لم يَسْأله أنّه هل كرّرَ الظِّهارَ أم لا؟ ولو كان ذلك شرطًا لَسَألَه؛ إذِ الموضِعُ موضِعُ الإشْكالِ وكذا الظِّهارُ الذي كان مُتَعارَفًا بين أهلِ الجاهليّةِ لم يكنْ فيه تَكرارُ القولِ وإذا تَعذّرَ حَمْلُه على الوجه الأوّلِ يُحمَلُ على الثّاني وهو العوْدُ لنَقْضِ ما قالوا وفسخِه فكان معناه ثُمّ يرجعونَ عَمّا قالوا وذلك بالعزْمِ على الوطْءِ؛ لأنّ ما قاله المُظاهرُ هو تَحْريمُ الوطْءِ فكان العوْدُ لنَقْضِه وفسخِه استِباحةَ الوطْءِ وبهذا تَبيّنَ فسادُ تَأويلِ الشّافعيِّ العوْدَ بإمساكِ المرأةِ واستِبْقاءَ النِّكاحِ، لأنّ إمساكَ المرأةِ لا يُعْرَفُ عَوْدًا في اللُّغةِ ولا إمساكُ شيءٍ من الأشياءِ يُتَكلّمُ فيه بالعوْدِ ولأنّ الظِّهارَ ليس برَفْعِ النِّكاحِ حتّى يكونَ العودُ لما قال استِبْقاءً للنِّكاحِ فبَطَلَ تَأويلُ العوْدِ بالإمساكِ على النِّكاحِ .

والدّليلُ على بُطْلانِ هذا التّأويلِ: أنّ اللّهَ تعالى قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة :٣]

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الظهار».

وثُمّ للتّراخي، فمَنْ جعل العوْدَ عِبارةً عن استِبْقاءِ النّكاحِ وإمساكِ المرأةِ عليه فقد جَعَلَه عائدًا عَقيبَ القولِ بلا تَراخي وهذا خلافُ النّصِّ .

أمّا قولُه: إنّ النّصّ يقتَضي وجوبَ الكفّارةِ وعندَكُم لا تجبُ الكفّارةُ فليس كذلك بل عندَنا تجبُ الكفّارةُ إذا عَزم على الوطْءِ كأنّه قال إذا عَزَمْتَ على الوطْءِ فكَفِّرْ قبله كما قال سبحانه وتعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة:٦] وقولُه سبحانه: ﴿إِذَا نَـٰجَيْتُمُ ٱلرَّسُولَ فَقَدِّمُوا۟﴾ [المجادلة:١٢] ونحوِ ذلك .

واختُلِفَ أيضًا في سبب وجوب هذه الكفّارةِ قال بعضُهم: إنّها تجبُ بالظِّهارِ والعوْدِ جميعًا؛ لأنّ اللّهَ تعالى عَلّقَها بهما بقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣] .

وقال بعضُهم: سببُ الوجوب هو الظِّهارُ والعوْدُ شرطٌ؛ لأنّ الظِّهارَ ذَنْبٌ . ألا تَرَى أنّ اللّهَ تعالى جَعَلَه مُنْكَرًا من القولِ وزورًا؟ والحاجةُ إلى رَفْعِ الذّنْب والزّجْرِ عنه في المُسْتقبلِ ثابتةٌ فتجبُ الكفّارةُ؛ لأنّها رافِعةٌ للذّنْب و [1]زاجِرةٌ عنه .

والدّليلُ عليه: أنّه تُضافُ الكفّارةُ إلى الظِّهارِ لا إلى العوْدِ يُقالُ: كفّارةُ الظِّهارِ والأصلُ أنّ الأحْكامَ تُضافُ إلى أسبابها لا إلى شُروطِها .

وقال بعضُهم: سببُ الوجوب وهو العوْدُ والظِّهارُ شرطٌ؛ لأنّ الكفّارةَ عِبادةٌ والظِّهارُ محظورٌ محضٌ فلا يصلح سببًا لوجوب العِبادةِ .

وقال بعضُهم: كُلُّ واحدٍ منهما شرطٌ، وسببُ الوجوب أمرٌ ثالِثٌ هو كونُ الكفّارةِ طريقًا مُتعَيّنًا لإيفاءِ الواجِب، وكَوْنُه قادِرًا على الإيفاءِ؛ لأنّ إيفاءَ حقِّها في الوطْءِ واجِبٌ ويجبُ عليه في الحُكمِ إنْ كانت بكرًا أو ثَيِّبًا ولم يَطَأها مَرّةً، وإنْ كانت ثَيِّبًا وقد وطِئَها مَرّةً لا تجبُ فيما بينه وبين اللّه تعالى [اتّصالُ ذلك] [2] أيضًا لإيفاءِ حقِّها .

وعندَ بعضِ أصحابنا: يجبُ [٢/ ١٢٤ب] في الحُكمِ أيضًا حتّى يُجبَرَ عليه ولا يُمْكِنُه إيفاءُ الواجِب إلاّ برفْعِ الحُرْمةِ ولا تَرْتَفِعُ الحُرْمةُ إلاّ بالكفّارةِ فتُلْزِمُه الكفّارةُ ضَرورةَ إيفاءِ الواجِب على الأصلِ المعهودِ أنّ إيجابَ الشّيءِ إيجابٌ له ولِما لا يُتَوَصّلُ إليه إلاّ به كالأمرِ

(١) في المخطوط: «أو».
(٢) ليست في المخطوط.

بإقامةِ الصّلاةِ يكونُ أمرًا بالطّهارةِ ونحوُ ذلك واللّه أعلَمُ .

وأمّا شرطُ وجوبها : فالقُدْرةُ على أدائها لاستِحالةِ وجوب الفعلِ بدونِ القُدْرةِ عليه فلا يجبُ على غيرِ القادِرِ، وكذا العوْدُ أو الظّهارُ أو كِلاهما على حَسَب اختلافِ المشايِخِ فيه على ما مَرّ .

أمّا شرطُ جوازِها: فلِجَوازِ هذه الكفّارةِ من الأنواعِ الثّلاثةِ أعني الإعتاقَ والصّيامَ والإطعامَ شرائطُ نَذْكُرُها في كِتاب الكفّاراتِ إنْ شاء اللّه تعالى واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

* * *



كتاب اللعان

كِتَابُ اللِّعَانِ (١)

الكلامُ في اللِّعانِ يقعُ في مواضِعَ:

في بيانِ صورةِ اللِّعانِ وكَيْفيّتِه.

وفي بيانِ صِفةِ اللِّعانِ.

وفي بيانِ سبب وجوبه.

وفي بيانِ شرائطِ الوجوب والجوازِ.

وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به سببُ الوجوب عندَ القاضي.

وفي بيانِ معنى اللِّعانِ وماهيّتِه شرعًا.

وفي بيانِ حُكمِ اللِّعانِ.

وفي بيانِ ما يُسْقِطُ اللِّعانَ بعدَ وجوبه.

وفي بيانِ حُكمِه إذا سَقَطَ أو لم يجبْ أصلاً مع وجودِ القذْفِ.

أمّا صورةُ اللِّعانِ وكَيْفيّتُه:

فالقذْفُ لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ بالزِّنا (وإما أن يكون) (٢) بنَفْيِ الولدِ، فإنْ كان بالزِّنا فيَنْبَغي للقاضي أنْ يُقيمَهما بين يَدَيْه مُتَماثِلَيْنِ فيأمُرَ الزّوجَ أوّلاً أنْ يقول أربعَ مَرّاتٍ: أشهَدُ باللّه إنّي لَمن الصّادِقينَ فيما رَمَيْتها به من الزِّنا، ويقولُ في الخامِسةِ: لَعْنةُ اللّه عليه إنْ كان

---

(١) اللعان: مصدر لاعن، وفعله الثلاثي لَعَنَ مأخوذ من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السب.

والملاعنة بين الزوجين: إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها. وعرفه الحنفية والحنابلة بأنه: شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة. وعرفه المالكية بأنه: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو على نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه أربعًا من كل منهما بصيغة أشهد الله بحكم حاكم. وعرفه الشافعية بأنه: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به وإلى نفي ولد. انظر الموسوعة الفقهية (٣٥/ ٢٤٦).

(٢) في المطبوع: «أو».

من الكاذِبينَ فيما رَمَيْتُها به من الزِّنا، ثُمّ يأمُرُ المرأةَ أنْ تَقول أربعَ مَرّاتٍ: أشهَدُ باللّه إنّه لَمن الكاذِبينَ فيما رَماني به من الزِّنا، وتَقولُ في الخامِسةِ: غَضَبُ اللّه عليها إنْ كان من الصّادِقينَ فيما رَماني به من الزِّنا. هكذا ذَكَرَ في ظاهِرِ الرِّوايةِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه يَحْتاجُ إلى لفظِ المواجَهةِ فيقولُ الزّوجُ: فيما رَمَيْتُك به من الزِّنا وتَقول المرأةُ: فيما رَمَيْتني به من الزِّنا وهو قولُ زُفَرَ، ووَجْهُه: أنّ خِطابَ المُعايَنةِ فيه احتمالٌ؛ لأنّه يحتملُها ويحتملُ غيرَها ولا احتمالَ في خِطاب المواجَهةِ فالإتْيانُ بلفظٍ لا احتمالَ فيه أولى.

والجوابُ أنّه (لَمّا قال) [1]: أشهَدُ باللّه إنّي لَمن الصّادِقينَ فيما رَمَيْتها به من الزِّنا. و[قد] [2] أشارَ إليها فقد زالَ الاحتمالُ لتعيينِها بالإشارةِ فكان لفظُ المواجَهةِ والمُعايَنةِ فيه سَواءً.

وإنْ كان [اللِّعانُ] [3] بنَفْيِ الولدِ فقد ذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّ الزّوجَ يقولُ في كُلِّ مَرّةٍ: فيما رَمَيْتُكِ به من نَفْيِ ولدِكِ، وتَقولُ المرأةُ: فيما رَمَيْتني به من نَفْيِ ولدي.

وذَكَرَ الطّحاويُّ أنّ الزّوجَ يقولُ في كُلِّ مَرّةٍ: فيما رَمَيْتُها به من الزِّنا في نَفْيِ ولدِها، وتَقولُ المرأةُ: فيما رَماني [4] به من الزِّنا في نَفْيِ ولدِه.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: إذَا لاَعَنَ الرَّجُلُ بِوَلَدٍ فَقَالَ فِي اللِّعَانِ: أَشْهَدُ بِاَللَّهِ إنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا فِي نَفْيِ وَلَدِهَا بِأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ لَيْسَ مِنِّي، وَتَقُولُ الْمَرْأَةُ: أَشْهَدُ بِاَللَّهِ إنَّك لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتنِي بِهِ مِنَ الزِّنَا بِأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْك.

وذَكَرَ ابْنُ سِمَاعَةَ [عَنْ مُحَمَّدٍ] [5] فِي نَوَادِرِهِ أَنَّهُ قَالَ: إذَا نَفَى الْوَلَدَ يَشْهَدُ بِاَللَّهِ الَّذِي لاَ إلَهَ إلاَّ هُوَ إنَّهُ لَصَادِقٌ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا وَنَفْيِ هَذَا الْوَلَدِ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ: وَهَذَا لَيْسَ بِاخْتِلاَفِ رِوَايَةٍ وَإِنَّمَا هُوَ اخْتِلاَفُ حَالِ الْقَذْفِ فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ مِنَ الزَّوْجِ بِقَوْلِهِ: هَذَا الْوَلَدُ لَيْسَ مِنِّي يَكْفِي فِي اللِّعَانِ أَنْ يَقُولَ: فِيمَا رَمَيْتُك بِهِ مِنْ نَفْيِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ مَا قَذَفَهَا إلاَّ بِنَفْيِ الْوَلَدِ وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِالزِّنَا وَنَفْيِ الْوَلَدِ [6] لاَ بُدَّ مِنْ ذِكْرِ

---

(١) في المطبوع: «وقال».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «رميتني».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ولدها».

الْأَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا وَإِنَّمَا بُدِئَ بِالرَّجُلِ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور:٦] وَالْفَاءُ لِلتَّعْقِيبِ فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ لِعَانُ الزَّوْجِ عَقِيبَ الْقَذْفِ فَيَقَعُ لِعَانُ الْمَرْأَةِ بَعْدَ لِعَانِهِ.

وَكَذَا رُوِيَ أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ اللِّعَانِ وَأَرَادَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُجْرِيَ اللِّعَانَ عَلَى ذَيْنَك الزَّوْجَيْنِ بَدَأَ بِلِعَانِ الرَّجُلِ وَهُوَ قُدْوَةٌ [(١)]؛ ولأنّ لعانَ الزوجِ وجَبَ حقًّا لها؛ لأنّ الزوجَ ألحقَ بها العارَ بالقذفِ فهي بمُطالَبَتِها إيّاه باللِّعانِ تَدْفَعُ العارَ عن نفسِها ودَفْعُ العارِ عن نفسِها حقُّها وصاحِبُ الحقِّ إذا طالَبَ مَنْ عليه الحقُّ بإيفاءِ حقِّه لا يجوزُ له التّأخيرُ كمَنْ عليه الدّيْنُ، فإنْ أخطأَ الحاكِمُ فبدَأ بالمرأةِ ثُمّ بالرّجُلِ يَنْبَغي له أنْ يُعيدَ اللِّعانَ على المرأةِ؛ لأنّ اللِّعانَ شهادةٌ والمرأةُ بشهادَتِها تقدَحُ في شهادةِ الزّوجِ فلا يصحُّ قبل [(٢)] وجودِ شهادَتِه؛ ولهذا في باب الدّعاوَى يُبْدَأُ بشهادةِ المُدّعي ثُمّ بشهادةِ المُدّعَى عليه بطريقِ الدّفْعِ [٢/ ١٢٥أ] له كذا ههنا.

فإنْ لم يُعِدْ [لعانَها] [(٣)] حتّى فُرِّقَ بينهما نَفَذَتِ [(٤)] الفُرْقةُ؛ لأنّ تفْريقَه صادفَ مَحلّ الاجتِهادِ؛ لأنّه يَزْعُمُ أنّ اللِّعانَ ليس بشهادةٍ بل هو يمينٌ، ويجوزُ تقديمُ إحدى اليمينَيْنِ على الأُخرى كتَحالُفِ المُتَداعيَيْنِ أنّه لا يَلْزَمُ مُراعاةُ التّرْتيب فيه بل يجوزُ تقديمُ أحدِهما أيُّهما كان فكان تَفْريقُه في موضِعِ الاجتِهادِ فنَفَذَ.

والقيامُ ليس بشرطٍ كذا رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: لا يَضُرُّه قائمًا لاعَنَ أو قاعِدًا؛ لأنّ اللِّعانَ إمّا أنْ يُعْتبَرَ فيه معنى الشّهادةِ وإمّا أنْ يُعْتبَرَ فيه معنى اليمينِ، أو يُعْتبَرَ

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب اللعان، حديث (١٤٩٥)، وأبو داود، حديث (٢٢٥٣)، من حديث عبد الله بن مسعود قال: إنا ليلة الجمعة في المسجد إذ جاء رجل من الأنصار فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه وإن سكت سكت على غيظ؟! والله لأسألن عنه رسول الله ﷺ، فلما كان من الغد أتى رسول الله ﷺ فسأله فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ؟ فقال: «اللهم افتح» وجعل يدعو فنزلت آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] هذه الآيات فابتلي به ذلك الرجل من بين الناس فجاء هو وامرأته إلى رسول الله ﷺ فتلاعنا فشهد الرجل أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم لعن الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فذهبت لتلعن فقال لها رسول الله ﷺ: «مه»، فأبت فلعنت فلما أدبرا قال: «لعلها أن تجيء به أسود جعدًا» فجاءت به أسود جعدًا.

(٢) في المخطوط: «بعد». (٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «وقعت».

فيه المعنَيانِ جميعًا، والقيامُ ليس بلازِمٍ فيهما إلاّ أنّه يُنْدَبُ إليه؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَدَبَ عَاصِمًا وَامْرَأَتَهُ إِلَيْهِ فَقَالَ: «يَا عَاصِمُ قُمْ فَاشْهَدْ بِاللَّهِ» وَقَالَ لامْرَأَتِهِ: «قُومِي فَاشْهَدِي بِاللَّهِ» (١)؛ ولأنّ اللِّعانَ من جانِبه قائمٌ مقامَ حَدِّ القذْفِ ومن جانِبها قائمٌ مقامَ حَدِّ الزِّنا والسُّنّةُ في الحُدودِ إقامَتُها على الإشهار والإعلانِ والقيامُ أقربُ إلى ذلك واللّه الموفّقُ.

فصلٌ [في صفة اللعان]

وأمّا صِفةُ اللِّعانِ فله صِفاتٌ:

منها: أنّه واجِبٌ عندَنا (٢)، وقال الشّافعيُّ: ليس بواجِبٍ إنّما الواجِبُ على الزّوجِ بقَذْفِها هو الحدُّ إلاّ أنّ له أنْ يُخَلِّصَ نفسَه عنه بالبيِّنةِ أو باللِّعانِ (٣).

والواجِبُ على المرأةِ إذا لاعَنَ الزّوجُ هو حَدُّ الزِّنا ولها أنْ تُخَلِّصَ نفسَها عنه باللِّعانِ حتّى إنّ للمرأةِ أنْ تُخاصِمَه إلى الحاكِمِ وتُطالبه باللِّعانِ عندَنا، وإذا طالَبَتْه يُجْبرُه عليه، ولو امتَنَعَ يُحْبَسُ لامتِناعِه عن الواجِب عليه كالمُمْتَنِعِ من قضاءِ الدَّيْنِ فيُحْبَسُ حتّى يُلاعِنَ أو يُكذِّبَ نفسَه وعندَه ليس لها وِلايةُ المُطالَبةِ باللِّعانِ ولا يُجْبَرُ عليه ولا يُحْبَسُ إذا امتَنَعَ بل يُقامُ عليه الحدُّ. وكذا إذا التَعَنَ الرّجُلُ تُجْبَرُ المرأةُ على اللِّعانِ، ولو امتَنَعَتْ تُحْبَسُ حتّى تُلاعِنَ أو تُقِرّ بالزِّنا عندَنا (٤)، وعندَه لا تُجْبَرُ ولا تُحْبَسُ بل يُقامُ عليها الحدُّ (٥).

احتجّ الشّافعيُّ بقولِه عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] أوجَبَ سبحانه وتعالى الجلْدَ على القاذِفِ من غيرِ فصلٍ بين الزّوجِ وغيرِه إلاّ أنّ القاذِفَ إذا كان زوجًا له أنْ يَدْفَعَ [الحدّ] (٦) عن نفسِه بالبيِّنةِ إنْ كانت له بيِّنةٌ، وإنْ

---

(١) أورده ابن كثير في «تفسيره» (٣/ ٢٦٩).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ٤٢).

(٣) مذهب الشافعية: أن موجب قذف الزوج الزوجة هو الحد، انظر: روضة الطالبين (٦/ ٣٠٧).

(٤) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٢/ ٦١٣).

(٥) مذهب الشافعية: أنه إذا نكلت الزوجة عن اللعان وجب عليها الحد فقط. انظر: رحمة الأمة (ص٤٢٩).

(٦) ليست في المخطوط.

لم تكُنْ [له بيِّنةٌ] (١) يَدْفعُه باللِّعانِ فكان اللِّعانُ مُخلِّصًا (٢) له عن الحدِّ .

وقوله تعالى : ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور :٨] جعل سبحانه وتعالى لعانَها دفعًا لحدِّ الزّنا عنها إذِ الدّرْءُ هو الدّفْعُ لُغةً فدلّ أنّ الحدّ وجَبَ عليها بلِعانِه ثُمّ تَدْفَعُه بلِعانِها ولأنّ بلِعانِه يَظْهَرُ صِدْقُه في القذْفِ ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه لا يُلاعِنُ إلاّ وأنْ يكونَ صادِقًا في قَذْفِه فيجبُ عليها الحدُّ ، إلاّ أنّ لها أنْ تُخلِّصَ نفسَها عنه باللِّعانِ ؛ لأنّها إذا لاعَنَتْ وقَعَ التّعارُضُ فلا يَظْهَرُ صِدْقُ الزّوجِ في القذْفِ فلا يُقامُ عليها الحدُّ .

ولنا: قوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور :٦] أي : فلْيَشْهَدْ أحدُهم أربعَ شهاداتٍ باللّه ، جعل سبحانه وتعالى موجِبَ قَذْفِ الزّوجاتِ اللِّعانَ فمَنْ أوجَبَ الحدّ فقد خالَفَ النّصّ ، ولأنّ الحدّ إنّما يجبُ لظُهورِ كذبه في القذْفِ وبالامتِناعِ من اللِّعانِ لا يَظْهَرُ كِذْبُه إذْ ليس كُلُّ مَنِ امتنَعَ من الشّهادةِ أو اليمينِ يَظْهَرُ كذِبُه فيه ، بل يُحْتَمَلُ أنّه امتنَعَ منه صَوْنًا لنفسِه عن اللّعْنِ والغضب والحدُّ لا يجبُ مع الشُّبْهةِ فكيف يجبُ مع الاحتمالِ ؛ ولأنّ الاحتمالَ من اليمينِ بَدَلٌ أو إباحةٌ والإباحةُ لا تَجْري في الحُدودِ فإنّ مَنْ أباحَ للحاكِمِ أنْ يُقيمَ عليه الحدّ لا يجوزُ له أنْ يُقيمَ .

وأمّا آيةُ القذْفِ : فقد قِيلَ : إنّ موجَبَ القذْفِ في الابتِداءِ كان هو الحدّ في الأجنبيّاتِ والزّوجاتِ جميعًا ثُمّ نُسِخَ في الزّوجاتِ وجُعِلَ موجَبُ قَذْفِهِنّ اللِّعانَ بآيةِ اللِّعانِ .

وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ : كُنَّا جُلُوسًا فِي الْمَسْجِدِ لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ فَجَاءَ رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتُم الرَّجُلَ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً فَإِنْ قَتَلَهُ قَتَلْتُمُوهُ ، وَإِنْ تَكَلَّمَ بِهِ جَلَدْتُمُوهُ ، وَإِنْ أَمْسَكَ أَمْسَكَ عَلَى غَيْظٍ ، ثُمَّ جَعَلَ يَقُولُ : اللَّهُمَّ افْتَحْ فَنَزَلَتْ آيَةُ اللِّعَانِ (٣) دَلَّ قَوْلُهُ : وَإِنْ تَكَلَّمَ بِهِ جَلَدْتُمُوهُ على أنّ موجَبَ قَذْفِ الزّوجةِ كان الحدّ قبل نُزولِ آيةِ اللِّعانِ ثُمّ نُسِخَ في الزّوجاتِ بآيةِ اللِّعانِ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط : «تخليصًا».

(٣) رواه مسلم، كتاب اللعان، حديث (١٤٩٥)، وأبو داود، كتاب الطلاق، باب : في اللعان، حديث (٢٢٥٣)، وابن ماجه، حديث (٢٠٦٨)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ١١٢)، حديث (٤٢٨١)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٢٠٧)، حديث (٤٧٠١)، وأبو يعلى في مسنده (٩/ ٩٥)، حديث (٥١٦١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٠٥)، حديث (١٥١٢٢) من حديث ابن مسعود.

فَيَنْسَخُ الخاصُّ المُتَأَخِّرُ العامَّ المُتَقَدِّمَ بقدرِه هكذا [١] هو مذهبُ عامّةِ مَشايِخِنا [٢]، وعندَ الشّافعيِّ يُبنَى العامُّ على الخاصِّ [٣] ويتبيّنُ أنّ المُرادَ من العامِّ ما وراءَ قدرِ الخاصِّ سَواءٌ كان الخاصُّ سابقًا أو لاحِقًا وسَواءٌ عَلِمَ التّاريخَ وبينهما زَمانٌ يصْلُحُ للنّسْخِ أو لا يصْلُحُ، أو جُهِلَ التّاريخُ بينهما فلم تكُنِ الزّوجاتُ داخلاتٍ تحت آيةِ القذْفِ على قولِه فكيف يصحُّ احتِجاجُه بها؟ .

وأمّا قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور: ٨] فلا حُجّةَ له فيه؛ لأنّ دَفْعَ العذاب يقتضي تَوَجُّهَ العذاب لا وجوبَه؛ لأنّه حينئِذٍ [٢/ ١٢٥ب] يكونُ رَفْعًا لا دَفْعًا على أنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ من العذاب هو الحبْسُ إذِ الحبْسُ يُسَمّى عَذابًا قال اللّه تعالى في قِصّةِ الهُدْهُدِ ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا﴾ [النمل: ٢١] قِيلَ في التّفسيرِ: لأحْبسَنّه؛ وهذا لأنّ العذابَ يُنْبئُ عن معنى المنعِ في اللُّغةِ يُقالُ: أعذَبَ: أي مَنَعَ [٤] وأعذَبَ أي امتَنَعَ يُسْتعملُ لازِمًا ومُتَعَدّيًا، ومعنى المنعِ يوجدُ في الحبْسِ، وهذا هو مذهبُنا أنّها إذا امتَنَعَتْ من اللِّعانِ تُحْبَسُ حتّى تُلاعِنَ أو تُقِرَّ بالزّنا، فيَدْرأُ عنها العذابَ وهو الحبْسُ باللِّعانِ، (فإذا قُلْنا) [٥] بموجَب الآيةِ الكريمةِ.

ومنها: أنّه لا يحتملُ العفوَ والإبْراءَ والصُّلْحَ؛ لأنّه في جانِبِ الزّوجِ قائمٌ مقامَ حَدِّ القذْفِ، وفي جانِبِها قائمٌ مقامَ حَدِّ الزّنا، وكُلُّ واحدٍ منهما لا يحتملُ العفوَ والإبْراءَ والصُّلْحَ؛ لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى في الحُدودِ .

وكذا لو عَفَتْ عنه قبل المُرافَعةِ أو صالَحَتْه على مالٍ لم يصحّ، وعليها رَدُّ بَدَلِ الصُّلْحِ ولها أنْ تُطالبه باللِّعانِ بعدَ ذلك كما في قَذْفِ الأجنَبيِّ.

ومنها: أنْ [٦] لا تُجْرَى فيه النّيابةُ حتّى لو وكّلَ أحدُ الزّوجَيْنِ باللِّعانِ، لا يصحُّ التّوْكيلُ، لما ذَكَرْنا أنّه بمنزلةِ الحدِّ فلا يحتملُ النّيابةَ كسائرِ الحُدودِ؛ ولأنّه شهادةٌ أو

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ٤٢).
(٣) انظر في مذهب الشافعية: روضة الطالبين (٦/ ٣٠٧)، وقد مرت المسألة من قبل.
(٤) في المخطوط: «أمنع».
(٥) في المخطوط: «فقلنا».
(٦) في المخطوط: «أنه».

يمينٌ، وكُلُّ واحدٍ منهما لا يحتملُ النّيابةَ، فأمّا التّوْكيلُ بإثباتِ القذْفِ بالبيِّنةِ فجائزٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ لا يجوزُ، ونَذْكُرُ المسألةَ في كِتاب الوكالة إنْ شاء اللّه تعالى .

فَصْلٌ [في سبب وجوب اللعان]

وأمّا بيانُ سبب وجوب اللِّعانِ فسببُ وجوبه القذْفُ بالزّنا وأنّه نوعانِ:

أحدُهما: بغيرِ نَفْيِ الولدِ .

والثاني: بنَفْيِ الولدِ .

أمّا الذي بغيرِ نَفْيِ الولدِ: فهو أنْ يقول: لامرأتِه يا زانيةُ، أو زَنَيْتِ، أو رأيتُك تَزْنينَ، ولو قال لها: جومِعْتِ جِماعًا حَرامًا، أو وُطِئْتِ وطْئًا حَرامًا، فلا لعانَ ولا حَدّ لعَدَمِ القذْفِ بالزّنا، ولو قَذَفَها بعَمَلِ قَوْمِ لوطٍ فلا لعانَ ولا حَدّ (في قولِ)[1] أبي حنيفةَ .

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يجبُ اللِّعانُ بناءً على أنّ هذا الفعلَ ليس بزِنًا عندَه فلم يوجِبِ القذْفَ بالزّنا وعندَهما هو زِنا . والمسألةُ تأتي في كِتاب الحُدودِ إنْ شاء اللّه تعالى .

ولو كان له أربعُ نسوةٍ فقَذَفَهُنّ جميعًا بالزّنا في كلامٍ واحدٍ، أو قَذَفَ كُلّ واحدةٍ بالزّنا بكَلامٍ على حِدةٍ، فإنْ كان الزّوجُ وهُنّ من أهلِ اللِّعانِ يُلاعِنُ في كُلِّ قَذْفٍ مع كُلِّ واحدةٍ على حِدةٍ لوجودِ سبب [وجوب][2] اللِّعانِ في حقِّ كُلِّ واحدةٍ منهُنّ وهو القذْفُ بالزّنا، وإنْ لم يكنِ الزّوجُ من أهلِ اللِّعانِ يُحَدُّ حَدّ القذْفِ ويُكتَفَى بحَدٍّ واحدٍ عن الكُلِّ؛ لأنّ حَدّ القذْفِ يتداخَلُ .

ولو كان الزّوجُ من أهلِ اللِّعانِ والبعضُ منهُنّ ليس من أهلِ اللِّعانِ، يُلاعِنُ منهُنّ مَنْ كانت من أهلِ اللِّعانِ لا غيرُ .

ولو قال لامرأتِه: يا زانيةُ بنتَ الزّانيةِ، وجَبَ عليه اللِّعانُ والحدُّ؛ لأنّه قَذَفَ زوجَتَه وقَذَفَ أُمّها، وقَذْفُ الزّوجةِ يوجِبُ اللِّعانَ، وقَذْفُ الأجنبيّةِ يوجِبُ الحدّ، ثُمّ إنّهما إذا

---

(١) في المخطوط: «عند».

(٢) ليست في المخطوط.

اجتَمَعا على مُطالَبَةِ الحدِّ بُدِئَ بالحدِّ لأجلِ الأُمِّ؛ لأنّ في البدايةِ [به] [١] إسقاطَ اللِّعانِ؛ لأنّه يصيرُ محدودًا في القذْفِ، فلم يَبْقَ من أهلِ الشّهادةِ واللِّعانُ شهادةٌ، والأصلُ أنّ الحدّيْنِ إذا اجتَمَعا وفي البدايةِ بأحدِهما إسقاطُ الآخرِ بُدِئَ بما فيه إسقاطُ الآخرِ، لِقَوْلِهِ ﷺ «ادرَءُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» [٢] .

وقد استَطَعْنا دَرْءَ الحدِّ بهذا الطّريقِ، وإنْ لم تُطالبْه الأُمُّ وطالَبَتْه المرأةُ يُلاعَنُ بينهما، ويُقامُ حَدُّ القذْفِ للأُمِّ بعدَ ذلك إنْ طالَبَتْه به كذا ذُكِرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

وذَكَرَ الطّحاويُّ أنّه لا يُقامُ الحدُّ للأُمِّ بعدَ اللِّعانِ، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ المانِعَ من إقامةِ اللِّعانِ في المسألةِ الأولى هو خُروجُ الزّوجِ من أهليّةِ اللِّعانِ لصَيْرورَتِه محدودًا في القذْفِ ولم يوجدْ ههنا.

وكذلك لو كانت أُمُّها مَيّتةً فقال لها: يا زانيةُ بنتَ الزّانيةِ، كان لها المُطالَبَةُ والخُصومةُ في القذْفَيْنِ لوجوب اللِّعانِ والحدِّ، ثُمّ إنْ خاصَمَتْه في القذْفَيْنِ جميعًا يُبْدَأُ بالحدِّ فيُحَدُّ للأُمِّ حَدّ القذْفِ لما فيه من إسقاطِ اللِّعانِ، وإنْ لم تُخاصِم في قَذْفِ أُمِّها ولكنّها خاصَمَتْ في قَذْفِ نفسِها، يُلاعَنُ بينهما ويُحَدُّ للأُمِّ لما ذَكَرْنا، وكذلك الرّجُلُ إذا قَذَفَ أجنبيّةً بالزِّنا، ثُمّ تزوّجَها وقَذَفَها بالزِّنا بعدَ التّزوُّجِ وجَبَ عليه الحدُّ واللِّعانُ لوجودِ سببِ وجوبِ كُلِّ واحدٍ منهما ثُمّ إنْ خاصَمَتْه في القذْفَيْنِ جميعًا يُبْدَأُ بحَدِّ القذْفِ حتّى يَسْقُطَ اللِّعانُ، ولو لم تُخاصِم في حَدِّ القذْفِ وخاصَمَتْ في اللِّعانِ يُلاعَنُ بينهما ثُمّ إذا خاصَمَتْ في الحدِّ يُحَدُّ لما قُلْنا واللّه أعلَمُ.

وأمّا الذي يَنْفي الولدَ: فهو أنْ يقول لامرأتِه: هذا الولدُ من الزِّنا، أو يقول: هذا الولدُ ليس مِنّي، فإنْ قِيلَ: قولُه: هذا الولدُ ليس مِنّي لا يكونُ قَذْفًا لها بالزِّنا لجَوازِ أنْ لا يكونَ ابنَه بل يكونُ ابنَ غيرِه ولا تكونُ هي زانيةً بأنْ كانت [٢/ ١٢٦أ] وُطِئَتْ بشُبْهةٍ،

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) رواه أبو يعلى في مسنده (١١/ ٤٩٤)، حديث (٦٦١٨)، والدارقطني في سننه (٣/ ٨٤)، حديث (٨)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٤٢٦)، حديث (٨١٦٣)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٣٨)، وبنحوه رواه الترمذي، كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، حديث (١٤٢٤)، وضعفه ابن حجر في الدراية (٢/ ٩٤)، (٤/ ٥٦)، وانظر نصب الراية (٣/ ٣٠٩)، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف الجامع.

فالجوابُ: نَعَم هذا الاحتمالُ ثابتٌ لكنّه ساقِطُ الاعتِبارِ بالإجماعِ؛ لأنّ الأُمّةَ أجمعتْ على أنّه إنْ نَفاه عن الأب المشْهورِ بأنْ قال له: لَسْتُ بأبيكَ [1] يكونُ قاذِفًا لأُمِّه حتّى يَلْزمه حَدُّ القذْفِ مع وجودِ هذا الاحتمالِ.

ولو جاءَتْ زوجَتُه بوَلَدٍ فقال لها: لم تَلِديه، لم يجبِ اللِّعانُ لعَدَمِ القذْفِ؛ لأنّه أنْكَرَ الوِلادةَ، وإنْكارُ الوِلادةِ لا يكونُ قَذْفًا، فإنْ أقَرّ بالوِلادةِ أو شَهِدَتِ القابلةُ على الوِلادةِ ثُمّ قال بعدَ ذلك: ليس بابني، وجَبَ اللِّعانُ لوجودِ القذْفِ.

ولو قال لامرأتِه وهي حامِلٌ: ليس هذا الحمْلُ مِنّي لم يجبِ اللِّعانُ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لعَدَمِ القذْفِ بنَفْيِ الولدِ.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: إنْ جاءَتْ بوَلَدٍ [2] لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ القذْفِ وجَبَ اللِّعانُ، وإنْ جاءَتْ به لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ لم يجبْ.

وجه قولِهما: أنّها إذا جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ القذْفِ فقد تَيَقّنّا بوجودِه في البطْنِ وقتَ القذْفِ؛ ولهذا لو أوصَى لحَمْلِ امرأتِه [3] فجاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ استَحقّ الوصيّةَ، وإذا تَيَقّنّا بوجودِه وقتَ النّفيِ كان مُحْتَمِلًا للنّفيِ إذِ الحمْلُ تَتَعلّقُ به الأحْكامُ، فإنّ الجاريةَ تُرَدُّ على بائعِها ويجبُ للمُعْتَدّةِ النّفقةُ لأجلِ حَمْلِها، فإذا نَفاه يُلاعِنُ فإذا [4] جاءَتْ به لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ فلم تَتَيَقّنْ بوجودِه عندَ القذْفِ لاحتمالِ أنّه حمل حادِثٌ ولهذا لا تَسْتَحِقُّ الوصيّةَ.

ولأبي حنيفةَ: أنّ القذْفَ بالحمْلِ لو صَحّ إمّا أنْ يصحّ باعتِبارِ الحالِ أو باعتِبارِ الثّاني لا وجهَ للأوّلِ؛ لأنّه لا يُعْلَمُ وجودُه للحالِ لجَوازِ أنّه ريحٌ لا حَمْلٌ ولا سبيلَ [5] إلى الثّاني؛ لأنّه يصيرُ في معنى التّعليقِ بالشّرطِ كأنّه قال: إنْ كُنْتِ حامِلًا فأنتِ زانيةٌ، والقذْفُ لا يحتملُ التّعليقَ بالشّرطِ بخلافِ الرّدِّ بعَيْب الحبَلِ؛ لأنّه يُمْكِنُ القولُ بالرّدِّ على اعتِبارِ الحالِ لوجودِ العيب ظاهِرًا، واحتمالُ الرّيحِ خلافُ الظّاهِرِ، فلا يورِثُ إلاّ شُبْهةً، والرّدُّ بالعيب لا يمْتَنِعُ بالشُّبُهاتِ بخلافِ القذْفِ، والنّفَقةُ لا يختصُّ وجوبُها بالحمْلِ عندَنا فإنّها

---

(١) في المخطوط: «لأبيك».
(٢) في المخطوط: «به».
(٣) في المخطوط: «امرأة».
(٤) في المخطوط: «فأما إذا».
(٥) في المخطوط: «يستند».

تجبُ لغيرِ الحامِلِ، ولا (يُقْطَعُ نَسَبُ) [١] الحمْلِ قبل الوِلادةِ بلا خلافٍ بين أصحابنا.

أمّا عندَ أبي حنيفةَ فظاهرٌ؛ لأنّه لا يُلاعَنُ، وقَطْعُ النّسَب من أحْكامِ اللِّعانِ.

وأمّا عندَهما فلأنّ الأحْكامَ إنّما تَثْبُتُ للوَلَدِ لا للحَمْلِ وإنّما يَسْتَحِقُّ اسمَ الولدِ بالانفِصالِ ولهذا لا يَسْتَحِقُّ الميراثَ والوصيّةَ إلاّ بعدَ الانفِصالِ [٢].

وعندَ الشّافعيِّ: يُلاعَنُ ويُقْطَعُ نَسَبُ الحمْلِ [٣].

وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لاَعَنَ بَيْنَ هِلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِهَا [٤]، [فدَلّ أنّ القذْفَ بالحمْلِ يوجِبُ اللِّعانَ وقَطْعَ نَسَب الحمْلِ] [٥] ولا حُجّةَ له فيه؛ لأنّ هِلالاً لم يقذِفْها بالحمْلِ بل بصَريحِ الزِّنا، وذَكَرَ الحمْلَ وبه نَقولُ: إنّ مَنْ قال لزوجَتِه: زَنَيْتِ وأنتِ حامِلٌ يُلاعَنُ؛ لأنّه لم يُعَلِّقِ القذْفَ بالشّرطِ.

(وأمّا قَطْعُ النّسَب فلأنّ) [٦] رسول اللّه ﷺ عَلِمَ من طريقِ الوحْيِ أنّ هناك ولدًا؛ ألاَ تَرَى أَنَّهُ قَالَ ﷺ: «إِنْ جَاءَتْ بِهِ) [٧] عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لِكَذَا وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لِكَذَا» [٨] ولا يُعْلَمُ ذلك إلاّ بالوحْيِ، ولا طريقَ لَنا إلى معرِفةِ ذلك فلا يُنْفَى الولدُ واللّه الموَفِّقُ.

* * *

(١) في المخطوط: «نقطع بسبب».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٥١٠)، المبسوط (٧/ ٤٤، ٤٥).
(٣) مذهب الشافعية: يلاعن بالحمل، انظر: مختصر المزني (ص ٢١٥).
(٤) رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب: يلحق الولد بالملاعنة، حديث (٥٣١٥)، ومسلم، كتاب اللعان، حديث (١٤٩٤)، وأبو داود، كتاب الطلاق، باب: في اللعان، حديث (٢٢٥٩)، والترمذي، حديث (١٢٠٣)، والنسائي، حديث (٣٤٧٧)، وابن ماجه، حديث (٢٠٦٩)، والشافعي في مسنده، ص (١٨٨)، وانظر نصب الراية (٣/ ٢٤٩).
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ولأن».
(٧) في المخطوط: «لو جاء».
(٨) رواه البخاري، في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾، حديث (٤٧٤٧)، ومسلم، كتاب اللعان، حديث (٢٤٩٦)، وأبو داود، كتاب الطلاق، باب: في اللعان، حديث (٢٢٥٤)، والترمذي، حديث (٣١٧٩)، والنسائي، حديث (٣٤٦٨)، وابن ماجه، حديث (٢٠٦٧).

فَصْلٌ [في شرائط الوجوب والجواز]

وأمّا شرائطُ وجوب اللِّعانِ وجَوازِه فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى القاذِفِ خاصّةً.

وبعضُها يرجعُ إلى المقذوفِ خاصّةً.

وبعضُها يرجعُ إليهما جميعًا.

وبعضُها يرجعُ إلى المقذوفِ به.

وبعضُها يرجعُ إلى المقذوفِ فيه.

وبعضُها يرجعَ إلى نفسِ القذْفِ .

أمّا الذي يرجعُ إلى القاذِفِ خاصّةً:

فواحدٌ وهو: عَدَمُ إقامةِ البيِّنةِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى شرَطَ ذلك في آيةِ اللِّعانِ بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] الآيةَ حتّى لو أقامَ أربعةً من الشُّهودِ على المرأةِ بالزِّنا، (لا يَثْبُتُ) [١] اللِّعانُ ويُقامُ عليها حَدُّ الزِّنا؛ لأنّه قد ظَهَرَ زِناها بشهادةِ الشُّهودِ، ولو شَهِدَ أربعةٌ أحدُهم الزّوجُ فإنْ لم يكنْ من الزّوجِ قَذْفٌ قبل ذلك تُقْبَلُ شهادَتُهم ويُقامُ عليها الحدُّ عندَنا [٢].

وعندَ الشّافعيِّ: لا تُقْبَلُ شهادةُ الزّوجِ عليها [٣].

وجه قولِ الشّافعي: أنّ الزّوجَ مُتّهَمٌ في شهادَتِه لاحتمالِ أنّه حَمَلَه (الغيْظُ على ذلك) [٤] ولا شهادةَ للمُتّهَمِ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ ولأنّه يَدْفَعُ المغْرَمَ عن نفسِه وهو اللِّعانُ، ولا شهادةَ لدافِعِ [٥] المغْرَمِ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ.

ولنَا: أنّ شهادَتَه (بالقبولِ أولى من شهادةِ الأجنَبيِّ) [٦]؛ لأنّها أبْعَدُ من التُّهْمةِ إذِ [٧]

---

(١) في المخطوط: «لا يجب».

(٢) انظر في مذهب الأحناف: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٥١٥)، المبسوط (٧/ ٥٤).

(٣) مذهب الشافعية: يلاعن الزوج ويحد الثلاثة، انظر: مختصر المزني (ص ٢١٤).

(٤) في المخطوط: «على ذلك غيظ». (٥) في المخطوط: «المن يدفع».

(٦) في المخطوط: «أولى بالقبول من غيره وهو الأجنبي».

(٧) في المخطوط: «لأن».

العادةُ أنّ الرّجُلَ يَسْتُرُ على امرأتِه ما يَلْحقُه به شينٌ، فلم يكنْ مُتّهَمًا في شهادَتِه فتُقْبَلُ؛ كشهادةِ الوالِدِ على ولدِه.

وقولُه: إنّه يَدْفَعُ المغْرَمَ عن نفسِه بهذه الشّهادةِ مَمْنوعٌ، فإنّه لم يَسْبقْ منه قَذْفٌ (يوجِبُ اللِّعانَ) [(١)] فإنّه لم يَسْبقْ هذه الشّهادةَ قَذْفٌ لِيَدْفَعَ اللِّعانَ بها فصار كشهادةِ الأجنبيِّ فإنّها تُقْبَلُ ولا يُجْعَلُ [٢/ ١٢٦ب] دافِعًا للحَدِّ عن نفسِه؛ كذا هذا.

وإنْ [(٢)] كان الزّوجُ قَذَفَها أوّلاً ثُمّ جاءَ بثلاثةٍ سِواه [فشَهِدوا] [(٣)] فهم قَذَفةٌ يُحَدّونَ وعلى الزّوجِ اللِّعانُ؛ لأنّه لَمّا سبقَ منه القذْفُ فقد وجَبَ عليه اللِّعانُ فهو بشهادَتِه جُعِلَ دافِعًا للضّرَرِ عن نفسِه فلا تُقْبَلُ شهادَتُه والزّنا لا يَثْبُتُ بشهادةِ ثلاثةٍ فصاروا قَذَفةً فيُحَدّونَ حَدّ القذْفِ، ويُلاعَنُ الزّوجُ لِقَذْفِ زوجَتِه، فإنْ جاءَ هو وثلاثةٌ شَهِدوا أنّها قد زَنَتْ فلم يعدِلوا فلا حَدّ عليها؛ لأنّ زِناها لم يَثْبُتْ إلاّ بشهادةِ الفُسّاقِ ولا حَدّ عليهم؛ لأنّ الفاسِقَ من أهلِ الشّهادةِ.

ألا تَرَى أنّ اللّهَ تعالى أمر بالتّوْفيقِ في بيانِه؟ فقد وُجِدَ إتْيانُ أربعةِ شُهَداءَ، فكيف يجبُ عليهم الحدُّ؟ ولا لعانَ على الزّوجِ؛ لأنّه شاهدٌ وليس بقاذِفٍ، فإنْ شَهِدوا معه ثلاثةٌ عُمْيٌ حُدّ وحُدّوا، أي يُلاعَنُ الزّوجُ ويُحَدّونَ في القذْفِ؛ لأنّ العُمْيانَ لا شهادةَ لهم قَطْعًا، فلم يكنْ قولُهم حُجّةً أصلاً، فكانوا قَذَفةً فيُحَدّونَ حَدّ القذْفِ ويُلاعَنُ الزّوجُ؛ لأنّ قَذْفَ الزّوجِ يوجِبُ اللِّعانَ إذا لم يأتِ بأربعةِ شُهَداءَ ولم يأتِ بهم.

وأمّا الذي يرجِعُ إلى المقذوفِ خاصّةً فشيئانِ:

أحدُهما: إنْكارُها وجودَ الزّنا منها حتّى لو أقَرّتْ بذلك لا يجبُ اللِّعانُ ويَلْزَمُها حَدُّ الزّنا وهو الجلْدُ إنْ كانت غيرَ مُحْصَنةٍ، والرّجْمُ إنْ كانت مُحْصَنةً لظُهورِ زِناها بإقرارِها.

والثّاني: عِفّتُها عن الزّنا، فإنْ لم تكُنْ عَفيفةً لا يجبُ اللِّعانُ بقَذْفِها، كما لا يجبُ الحدُّ في قَذْفِ الأجنبيّةِ لأنها لم تكُنْ عَفيفةً؛ لأنّه إذا لم تكُنْ عَفيفةً فقد صَدّقَتْه بفعلِها فصار كما لو صَدّقَتْه بقولِها ولِما نَذْكُرُ في (كِتاب الحُدودِ) ونَذْكُرُ تَفْسيرَ العِفّةِ عن الزّنا فيه إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) في المخطوط: «موجب للعان».

(٢) في المخطوط: «فإن».

(٣) ليست في المخطوط.

وعلى هذا قالوا في المرأةِ إذا وُطِئَتْ بشُبْهةٍ ثُمّ قَذَفَها زوجُها: [إنه] [(١)] لا يجبُ عليه اللِّعانُ ولو قَذَفَها أجنَبيٌّ لا يجبُ عليه الحدُّ؛ لأنّها وُطِئَتْ وطْئًا حرامًا فذَهَبَتْ عِفّتُها، ثُمّ رَجَعَ أبو يوسُفَ وقال: يجبُ بقَذْفِها الحدُّ واللِّعانُ؛ لأنّ هذا وطْءٌ يتعلّقُ به ثُبوتُ النّسَب ووجوبُ المهرِ فكان كالموجودِ في النّكاحِ فلا يُزيلُ العِفّةَ عن الزّنا.

والجوابُ: أنّ الوطْءَ حَرامٌ لعَدَمِ النّكاحِ، إنّما الموجودُ شُبْهةُ النّكاحِ فكان [(٢)] يَنْبَغي أنْ يجبَ الحدُّ عليها إلاّ أنّه سَقَطَ للشُّبْهةِ فلأنْ يَسْقُطَ الحدُّ واللِّعانُ عن القاذِفِ لمَكانِ الحقيقةِ أولى.

وأمّا الذي يرجعُ إليهما جميعًا فهو: أنْ يكونا زوجَيْنِ حُرّيْنِ عاقِلَيْنِ بالِغَيْنِ مسلمَيْنِ ناطِقَيْنِ غيرَ محدودَيْنِ في القذْفِ، أمّا اعتِبارُ الزّوجيّةِ فلأنّ اللّهَ تَبارَكَ وتعالى خَصّ اللِّعانَ بالأزْواجِ بقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ . . .﴾ [النور:٦] وأنّه حُكمٌ ثَبَتَ تَعَبُّدًا غيرُ معقولِ المعنى، فيُقْتَصَرُ على موردِ التّعَبُّدِ، وإنّما ورَدَ التّعَبُّدُ به في الأزْواجِ فيقتَصِرُ عليهم.

وعلى هذا قال أصحابُنا: إنّ مَنْ تزوّجَ امرأةً نِكاحًا فاسِدًا ثُمّ قَذَفَها، لم يُلاعِنْها لعَدَمِ الزّوجيّةِ، إذِ النّكاحُ الفاسِدُ ليس بنِكاحٍ حقيقةً [(٣)].

وقال الشّافعيُّ: يُلاعِنُها إذا كان القذْفُ بنَفْيِ الولدِ؛ لأنّ القذْفَ إذا كان بنَفْيِ الولدِ تَقَعُ الحاجةُ إلى قَطْعِ النّسَب، والنّسَبُ يَثْبُتُ بالنّكاحِ الفاسِدِ كما يَثْبُتُ بالنّكاحِ الصّحيحِ، فيُشْرَعُ اللِّعانُ لقَطْعِ النّسَب [(٤)].

والجوابُ: أنّ قَطْعَ النّسَب يكونُ بعدَ الفراغِ من اللِّعانِ، ولا لعانَ إلاّ بعدَ وجوبه، ولا وجوبَ لعَدَمِ شرطِه وهو الزّوجيّةُ.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «كان».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٣/ ١٨)، درر الحكام (١/ ٣٩٧)، رد المحتار (٣/ ٤٨٣).

(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: «وإن قذف امرأته في نكاح فاسد فإن لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد؛ لأنه محتاج إليه وإن كان هناك نسب فإن كان ولدًا منفصلاً فله أن يلاعن لنفيه لأنه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفي عنه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كالولد في النكاح الصحيح». انظر المهذب (٢/ ١٢٤)، الأم (٨/ ٣١٣)، روضة الطالبين (٨/ ٣٣٥-٣٣٦)، أسنى المطالب (٣/ ٣٨١)، الغرر البهية (٤/ ٣٣٦)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٣٨)، حاشية الجمل (٤/ ٤٢٩).

ولو طَلّقَ امرأتَه طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا ثُمّ قَذَفَها بالزِّنا لا يجبُ اللِّعانُ لعَدَمِ الزّوجيّةِ لبُطْلانِها بالإبانةِ والثّلاثِ.

ولو طَلّقَها طلاقًا رَجْعيًّا ثُمّ قَذَفَها يجب اللِّعانُ؛ لأنّ الطّلاقَ الرّجعيّ لا يُبْطِلُ الزّوجيّةَ.

ولو قَذَفَ امرأتَه بزِنًا كان قبل الزّوجيّةِ فعليه اللِّعانُ عندنا [١].

وعندَ الشّافعيِّ عليه حَدُّ القذْفِ [٢] واحتجّ بآيةِ القذْفِ وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ [ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً] [٣]﴾ [النور:٤].

ولنا: (آيةُ اللِّعانِ، وهي قوله تعالى) [٤]: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ...﴾ [النور:٦] من غيرِ فصْلٍ بين ما إذا كان القذْفُ بزِنًا بعدَ الزّوجيّةِ أو قبلها. والدّليلُ على أنّه قَذَفَ زوجَته أنّه أضافَ القذْفَ إليها، وهي للحالِ زوجَتُه، إلاّ أنّه قَذَفَها بزِنًا مُتقَدِّمٍ، وبهذا لا تخرُجُ من أنْ تكونَ زوجَته في الحالِ كما إذا قَذَفَ أجنبيّةً بزِنًا مُتقَدِّمٍ حتّى يَلْزمه [٥] القذْفُ، كذا ههنا.

وأمّا آيةُ القذْفِ فهي مُتقَدِّمةٌ على آيةِ اللِّعانِ، فيجبُ تخريجُها على التّناسُخِ فيَنْسَخُ الخاصُّ المُتأخِّرُ العامّ المُتقَدِّمَ بقدرِه عندَ عامّةِ مَشايِخِنا، وعندَه يقضي العامُّ على الخاصِّ بطريقِ التّخْصيصِ على ما مَرّ.

ولو قَذَفَ امرأتَه بعدَ موتِها لم يُلاعَنْ عندَنا [٦].

وعندَ الشّافعيِّ: يُلاعَنُ على قَبْرِها [٧].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ٥٠)، تبيين الحقائق (٣/ ١٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧٢)، فتح القدير (٤/ ٢٨٥)، البحر الرائق (٤/ ١٢٤).

(٢) مذهب الشافعية: «لو قال لها وهي زوجته زنيت قبل أن أنكحك فلا لعان ويُحَدُّ إن طلبت ذلك» انظر: الأم (٥/ ٣٠٦)، أسنى المطالب (٣/ ٣٨١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٤٠)، مغني المحتاج (٥/ ٧٠)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٧٦).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «أن الله تعالى قال في آية اللعان».

(٥) في المخطوط: «يجب عليه حد».

(٦) انظر في مذهب الحنفية: البحر الرائق (٤/ ١٢٣)، مجمع الأنهر (١/ ٤٥٥)، رد المحتار (٣/ ٤٨٤).

(٧) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: «وإن ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج؛ وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه، أن الحاجة داعية إلى نفيه، فإن طالب ورثتها بحد القذف لاعن لإسقاطه ولا يسقط من الحد». انظر المهذب (٢/ ١٢٧)، الأم (٥/ ١٤١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٤٠٠)، مغني المحتاج (٥/ ٧٥).

واحتَجّ بظاهرِ قولِه عَزّ وجَلّ في آيةِ اللِّعانِ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ . . .﴾ الآية [النور:٦] [٢/ ١٢٧أ] من غيرِ فصلٍ بين حالِ الحياةِ والموتِ .

ولنا: قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ . . .﴾ [النور:٦] الآيةَ خَصّ سبحانه وتعالى اللِّعانَ بالأزْواجِ، وقد زالَتِ الزّوجيّةُ بالموتِ فلم يوجدْ قَذْفُ الزّوجةِ فلا يجبُ اللِّعانُ، وبه تَبيّنَ أنّ الميّتةَ لم تدخل تحت الآيةِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى أوجَبَ هذه الشّهادةَ بقَذْفِ الأزْواجِ بقولِه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ . . .﴾ [النور:٦] وبعدَ الموتِ لم تَبْقَ زوجةً له .

وأمّا اعتِبارُ الحُرّيّةِ والعقلِ والبُلوغِ والإسلامِ والنُّطْقِ وعَدَمِ الحدِّ في القذْفِ: فالكلامُ في اعتِبارِ هذه الأوصافِ شرطًا لوجوبِ اللِّعانِ فرعُ الكلامِ في معنى اللِّعانِ وما يُثْبِتُه شرعًا وقد اختُلِفَ فيه قال أصحابُنا: إنّ اللِّعانَ شهادةٌ مُؤكّدةٌ بالأيمانِ مقرونةٌ باللّعْنِ وبالغضَب وإنّه في جانِبِ الزّوجِ قائمٌ مقامَ حَدِّ القذْفِ، وفي جانِبِها قائمٌ مقامَ حَدِّ الزّنا [١] .

وقال الشّافعيُّ: اللِّعانُ أيمانٌ بلفظِ الشّهادةِ مقرونةٌ (باللّعْنِ والغضَب) [٢] [٣] فكُلُّ مَنْ كان من أهلِ الشّهادةِ واليمينِ كان من أهلِ اللِّعانِ، ومَنْ لا فلا عندَنا، وكُلُّ مَنْ كان من أهلِ اليمينِ فهو من أهلِ اللِّعانِ عندَه سَواءٌ كان من أهلِ الشّهادةِ أو لم يكنْ، ومَنْ لم يكنْ من أهلِ الشّهادةِ ولا من أهلِ اليمين لا يكون من أهل اللعان بالإجماع .

احتَجّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى في تَفْسيرِ اللِّعانِ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور:٦] فسّرَ اللّه تعالى اللِّعانَ بالشّهادةِ باللّه والشّهادةُ باللّه يمينٌ .

ألا تَرَى أنّ مَنْ قال: أشهَدُ باللّه، يكونُ يمينًا إلاّ أنّه يمينٌ بلفظِ الشّهادةِ؛ ولأنّ اللِّعانَ لو كان شهادةً لَما قرنَه (بذِكرِ اسم) [٤] اللّه تعالى؛ لأنّ الشّهادةَ لا تَفْتَقِرُ إلى ذلك، وإنّما اليمينُ هي التي تَفْتَقِرُ إليه؛ ولأنّه [٥] لو كان شهادةً [٦] لَكانت شهادةً على النِّصفِ من شهادةِ الرّجُلِ، كما في سائرِ المواضِعِ التي للمرأةِ فيها شهادةٌ، فيَنْبَغي أنْ تَشْهَدَ المرأةُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ٤٢)، الهداية (٢/ ٦١٢).
(٢) في المخطوط: «بالغضب أو اللعن».
(٣) مذهب الشافعية: في اللعان أن يكرر اليمين لكن بلفظ أشهد بالله إنه لمن الصادقين ثم يقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. انظر رحمة الأمة (ص ٤٢٨) .
(٤) في المخطوط: «باسم».
(٥) في المخطوط: «فلأنه».
(٦) في المخطوط: «شهادتها».

عشرَ مَرّاتٍ فلَمّا لم يكنْ ذلك دَلّ أنّه ليس بشهادةٍ.

والدّليلُ على أنّه يمينٌ ما رُوِيَ (أنّ رسول اللّه)[1] ﷺ لَمّا فرّقَ بين المُتَلاعِنَيْنِ، وكانتِ المرأةُ حُبْلى فقال لها: «إذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَلاتُرْضِعِيهِ حَتَّى تَأْتِينِي بِهِ» فلَمّا انصرَفوا عنه قال رسولُ اللّه ﷺ: «إنْ وَلَدَتْهُ أَحْمَرَ مِثْلَ الدِّبْسِ فَهُوَ يُشْبِهُ أَبَاهُ الَّذِي نَفَاهُ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ أَسْوَدَ أَدْعَجَ جَعْدًا قَطَطًا فَهُوَ يُشْبِهُ الَّذِي رُمِيَتْ بِهِ» فلَمّا وضَعَتْ وأتَتْ به رسول اللّه ﷺ نَظَرَ إليه، فإذا هو أسوَدُ أدعَجُ جَعْدٌ قَطَطٌ على ما نَعتَه رسولُ اللّه ﷺ، فقال ﷺ: «لَوْلَا الْأَيْمَانُ الَّتِي سَبَقَتْ لَكَانَ لِي فِيهَا رَأْيٌ» وفي بعضِ الرِّواياتِ: «لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»[2] فقد سَمّى ﷺ اللِّعانَ أيمانًا لا شهادةً، فدَلّ أنه يمينٌ لا شهادةٌ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ . . .﴾ [النور:٦] والاستِدْلالُ بالآيةِ الكريمةِ من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه تعالى سَمّى الذينَ يَرْمونَ أزْواجَهم شُهَداءَ؛ لأنّه استثناءٌ من الشُّهَداءِ بقولِه تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور:٦] والمُسْتَثْنَى من جِنْسِ المُسْتَثْنَى منه.

والثاني: أنّه سَمّى اللِّعانَ شهادةً نصًّا بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور:٦] ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ﴾ أي: الشّهادةُ الخامِسةُ، وقال تعالى في جانبِها: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور:٨] والخامِسةُ أي: الشّهادةُ الخامِسةُ إلاّ أنّه تعالى سَمّاه شهادةً باللّه تَأكيدًا للشّهادةِ باليمينِ، فقولُه: أشهَدُ، يكونُ شهادةً، وقولُه: باللّه، يكونُ يمينًا، وهذا مذهبُنا أنّه شهاداتٌ مُؤَكّدةٌ بالأيمانِ، وهو أولى مِمّا قاله المُخالِفُ لأنّه عَمَلٌ باللّفْظَيْنِ في معنَيَيْنِ، وفيما قاله حَمْلُ اللّفظَيْنِ على معنًى واحدٍ فكان ما قُلْناه أولى.

والدّليلُ على أنّه شهادةٌ أنّه شرِطَ فيه لفظَ الشّهادةِ وحَضْرةَ الحاكِمِ.

وأمّا قولُه: لو كان شهادةً لَكان في حقِّ المرأةِ على النِّصفِ من شهادةِ الرّجُلِ، فنقولُ:

---

(١) في المخطوط: «عن النبي».

(٢) أخرجه البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ﴾، حديث (٤٧٤٧)، وأبو داود، كتاب الطلاق، باب: في اللعان، حديث (٢٢٥٤)، والترمذي، حديث (٣١٧٩)، وابن ماجه، حديث (٢٠٦٧) «. . . لولا ما مضى من الله لكان لي ولها شأن» وفي رواية لأبي داود (٢٢٥٦): «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن».

(٣) ليست في المخطوط.

هو شهادةٌ مُؤَكّدةٌ باليمينِ فيُراعَى فيه معنى الشّهادةِ ومعنى اليمينِ، وقد راعينا معنى الشّهادةِ فيه باشتِراطِ لفظةِ الشّهادةِ، فيُراعَى معنى اليمينِ بالتّسْويةِ بين الرّجُلِ والمرأةِ في العدَدِ عَمَلاً بالشّبَهَيْنِ جميعًا، ولا حُجّةَ له في الحديثِ؛ لأنّه رُوِيَ في بعضِ الرّواياتِ: «لَوْلَا مَا مَضَى مِنَ الشّهَادَاتِ» [1] وهذا حُجّةٌ عليه حيثُ سَمّاه شهادةً ثم نَقولُ بموجَبه: إنّه يمينٌ لكنّ هذا لا يَنْفي أنْ يكونَ شهادةً فهو شهادةٌ مُؤَكّدةٌ باليمينِ واللّه تعالى الموَفِّقُ.

وإذا عُرِفَ هذا الأصلُ تُخَرّجُ عليه المسائلُ: أمّا اعتِبارُ العقلِ والبُلوغِ فلأنّ الصّبيّ والمجنونَ لَيْسا من أهلِ الشّهادةِ واليمينِ، فلا يكونانِ من أهلِ اللِّعانِ بالإجماعِ.

وأمّا الحُرّيّةُ: فالمملوكُ ليس من أهلِ الشّهادةِ فلا يكونُ من أهلِ اللِّعانِ [بالإجماعِ] [2].

وأمّا الإسلامُ: فالكافرُ ليس من أهلِ الشّهادةِ على المسلمِ؛ وإنْ كان المسلمُ من أهلِ الشّهادةِ على الكافرِ . وإذا كانا كافرَيْنِ فالكافرُ [٢/ ١٢٧ب] وإنْ كان من أهلِ الشّهادةِ على الكافرِ فليس من أهلِ اليمينِ باللّه تعالى؛ لأنّه ليس من أهلِ حُكمِها وهو الكفّارةُ؛ ولهذا لم يصحّ ظهارُ الذِّمّيِّ عندَنا، واللِّعانُ عندَنا شهاداتٌ مُؤَكّدةٌ بالأيمانِ [3] فمَنْ لا يكونُ من أهلِ اليمينِ لا يكونُ من أهلِ اللِّعانِ .

وأمّا اعتِبارُ النُّطْقِ فلأنّ الأخرَسَ لا شهادةَ له؛ [و] [4] لأنّه لا يتأتّى منه لفظةُ الشّهادةِ؛ ولأنّ القذْفَ منه لا يكونُ إلاّ بالإشارةِ، والقذْفُ بالإشارةِ يكونُ في معنى القذْفِ بالكِتابةِ، وإنّه لا يوجِبُ اللِّعانَ كما لا يوجِبُ الحدّ لما نَذْكُرُه في (كتاب الحُدودِ) إنْ شاء اللّه تعالى .

وأمّا المحدودُ في القذْفِ فلا شهادةَ له؛ لأنّ اللّهَ تعالى رَدّ شهادَتَه على التّأبيدِ، ولا يَلْزَمُ على هذا الأصلِ قَذْفُ الفاسِقِ والأعمَى فإنّه يوجِبُ اللِّعانَ ولا شهادةَ لهما؛ لأنّ الفاسِقَ له شهادةٌ في الجملةِ ولهما جميعًا أهليّةُ الشّهادةِ .

ألا تَرَى أنّ القاضيَ لو قضَى بشهادَتِهما جاز قضاؤُه، ومعلومٌ أنّه لا يجوزُ القضاءُ

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ ولعله من تفسير بعض العلماء.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «باليمين».
(٤) زيادة من المخطوط.

بشهادةِ مَنْ ليس من أهلِ الشّهادةِ كالصّبيِّ والمجنونِ والممْلوكِ إلاّ أنّه لا تُقْبَلُ شهادةُ الأعمَى في سائرِ المواضِعِ؛ لأنّه لا يُمَيِّزُ بين المشْهودِ له والمشْهودِ عليه لا لأنّه ليس من أهلِ الشّهادةِ، ثُمّ هذه الشّرائطُ كما هي شرطُ وجوب اللِّعانِ فهي شرطُ صحّةِ اللِّعانِ وجَوازِه، حتّى لا يَجْري اللِّعانُ بدونِها [١].

وعندَ الشّافعيِّ: يَجْري اللِّعانُ بين المَمْلوكَيْنِ والأخرَسَيْنِ والمحدودَيْنِ في القذْفِ [٢]؛ لأنّ هؤلاء من أهلِ اليمينِ فكانوا من أهلِ اللِّعانِ، وكذا بين الكافرينَ؛ لأنّ يمينَ الكافرِ صَحيحةٌ عندَه لأنه من أهلِ الإعتاقِ والكِسْوةِ والإطعامِ ولهذا قال: يجوزُ ظهارُ الذِّمّيِّ، وعلى هذا الأصل يُخَرّجُ قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ: إنّهما إذا التعنا عند الحاكِم ولم يُفَرِّقْ بينهما حتّى عُزِلَ أو مات فالحاكِمُ الثّاني يَسْتقبلُ اللِّعانَ بينهما؛ لأنّ اللِّعانَ لَمّا كان شهادةً فالشُّهودُ إذا شَهِدوا عندَ الحاكِمِ فمات [الحاكم] [٣] أو عُزِلَ قبل القضاءِ بشهادَتِهم لم يعتَدّ الحاكِمُ بتلك الشّهادةِ، وعندَ محمّدٍ: لا يَسْتقبلُ اللِّعانَ.

وقولُه: لا يُخَرّجُ على هذا الأصلِ، ولكنّ الوجهَ له أنّ اللِّعانَ قائمٌ مقامَ الحدِّ فإذا التعنا فكأنّه أُقيمَ الحدُّ، والحدُّ بعدَ إقامَتِه لا يُؤَثِّرُ فيه العزْلُ والموتُ.

والجوابُ: أنّ حُكمَ القذْفِ لا يتناهَى إلاّ بالتّفريقِ فيُؤَثِّرُ العزْلُ والموتُ قبله، ثُمّ ابتِداءُ الدّليلِ لَنا في المسألةِ ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «أَرْبَعَةٌ لا لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ: لا لِعَانَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ، وَالْعَبْدِ وَالْحُرَّةِ، وَالْحُرِّ وَالأَمَةِ وَالْكَافِرِ وَالْمُسْلِمَةِ» [٤]

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٢/ ٦١٦، ٦١٧).

(٢) مذهب الشافعية: أنه يصح لعان الأخرس وقذفه، إذا كان له إشارة مفهومة، أو كتابة، انظر: مختصر المزني ص (٢١١)، الحاوي الكبير (١٤/ ٢٧)، الوسيط (٦/ ١٠١)، الوجيز (٢/ ٩١)، روضة الطالبين (٨/ ٣٥٢).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ضعيف: رواه بنحوه ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب: اللعان، حديث (٢٠٧١)، وقال البوصيري (٢/ ١٢٩): هذا إسناد ضعيف، ابن عطاء اسمه عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه، ورواه الدارقطني في سننه (٣/ ١٦٣)، حديث (٢٤٠)، وقال: فيه عثمان بن عطاء الخراساني، وهو ضعيف الحديث جدًا، وتابعه يزيد بن زريع عن عطاء وهو ضعيف أيضًا، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٣٩٧)، حديث (١٥٠٨٠)، وقال: «وفي ثبوت هذا موقوفا أيضًا نظر فراوي الأول عمر بن هارون وليس بالقوي وراوي الثاني يحيى بن أبي أنيسة وهو متروك، وأما الذي قاله الشافعي من أنه منقطع فلعله نقل إلى الشافعي كما حكاه عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو وذلك منقطع لا شك فيه ولكن من رواه مرفوعًا أو موقوفًا

وصورَتُه الكافرُ أسلَمَتْ زوجَتُه [١] فقبل أنْ يُعْرَضَ الإسلامُ على زوجِها قَذَفَها بالزِّنا .

ولنَا أصلٌ آخَرُ لتخريجِ المسائلِ عليه وهو : أنّ كُلَّ قَذْفٍ لا يوجِبُ الحدّ لو كان القاذِفُ أجنَبيًّا لا يوجِبُ اللِّعانَ إذا كان القاذِفُ زوجًا ؛ لأنّ اللِّعانَ موجَبُ [٢] القذْفِ في حقِّ الزّوجِ كما أنّ الحدّ موجَبُ [٣] القذْفِ في الأجنبيِّ ، وقَذْفُ واحدٍ مِمّنْ ذَكَرْنا لا يوجِبُ الحدّ ، ولو كان أجنَبيًّا فإذا كان زوجًا لا يوجِبُ اللِّعانَ .

وابتِداءُ ما يَحْتَجُّ به الشّافعيُّ عُمومُ آيةِ اللِّعانِ إلاّ مَنْ خُصّ بدَليلٍ ولا حُجّةَ له في الآية ؛ لأنّ اللّهَ تعالى سَمّى الذينَ يَرْمونَ أزْواجَهم : شُهَداءَ ، في آيةِ اللِّعانِ واستَثْناهم من الشُّهَداءِ المذكورينَ في آيةِ القذْفِ ، ولم (يدخل واحدٌ) [٤] مِمّنْ ذَكَرْنا في المُسْتَثْنَى منهم فكذا في المُسْتَثْنَى ؛ لأنّ الاستثناءَ استخراجٌ من تلك الجملةِ وتَحْصيلٌ منها .

وأمّا الذي يرجعُ إلى المقذوفِ به والمقذوفِ فيه ونفسِ القذْفِ فنَذْكُرُه في (كِتاب الحُدودِ) إنْ شاء اللّه تعالى .

فصْلٌ [فيما يظهر به الوجوب عند القاضي]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به سببُ وجوب اللِّعانِ وهو القذْفُ عندَ القاضي فسببُ ظُهورِ القذْفِ نوعانِ [٥]:

احدُهما: البيِّنةُ ؛ إذا خاصَمَتِ المرأةُ فأنْكَرَ القذْفَ ، والأفْضَلُ للمرأة أنْ تَتْرُكَ الخُصومةَ والمُطالَبةَ لما فيها من إشاعةِ الفاحِشةِ وكذا تَرْكُها من باب الفضْلِ والإكرامِ [٦] وقد قال اللّه تعالى : ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] فإنْ لم تَتْرُكْ وخاصَمَتْه إلى القاضي يُسْتَحْسَنُ للقاضي أنْ يَدْعوَهما إلى التّرْكِ فيقولُ لها : اتْرُكي وأعرِضي عن هذا ؛ لأنّه دُعاءٌ

إنما رواه عن عمرو عن أبيه عن جده وذلك موصول عند أهل الحديث فقد سمى بعضهم في هذا جده فقال: عبد الله بن عمرو. وسماع شعيب بن محمد بن عبد الله صحيح من جده عبد الله لكن يجب أن يكون الإسناد إلى عمرو صحيحًا، ولم تصح أسانيد هذا الحديث إلى عمرو، والله أعلم». وانظر نصب الراية (٣/ ٢٤٨)، والضعيفة (٤١٢٧).

(١) في المخطوط : «امرأته».
(٢) في المخطوط : «يوجب».
(٣) في المخطوط : «يوجب».
(٤) في المخطوط : «يوجد».
(٥) في المخطوط : «شيئان».
(٦) في المخطوط : «والكرم».

إلى سَتْرِ الفاحِشةِ وأنّه مَنْدوبٌ إليه، فإنْ تركتْ وانصَرَفَتْ ثُمّ بَدا لها أنْ تُخاصِمَه فلَها ذلك وإنْ تَقادَمَ العهدُ؛ لأنّ ذلك حقُّها وحقُّ العبدِ لا يَسْقُطُ بالتّقادُمِ.

فإنْ خاصَمَتْه وادّعَتْ عليه أنّه قَذَفَها بالزّنا فجَحَدَ الزّوجُ، لا يُقْبَلُ منها في إثباتِ القذْفِ إلاّ بشهادةِ [١] رجلَيْنِ عَدْلَيْنِ. ولا تُقْبَلُ شهادةُ النّساءِ، ولا الشّهادةُ على الشّهادةِ، ولا كِتابُ القاضي إلى القاضي كما لا يُقْبَلُ في إثباتِ القذْفِ على الأجنَبيِّ؛ لأنّ اللِّعانَ قائمٌ مقامَ حَدِّ القذْفِ وأسباب الحُدودِ، ولا [٢/ ١٢٨أ] يُقْبَلُ (في إثباتِها) [٢] شهادةُ النّساءِ [على النّساءِ] [٣] ولا الشّهادةُ على الشّهادةِ ولا كِتابُ القاضي إلى القاضي لتُمْكِنَ زيادةُ شُبْهةٍ ليستْ في غيرِها، والحُدودُ تُدْرأُ بالشُّبُهاتِ.

والثّاني: الإقرارُ بالقذْفِ: وشرطُ ظُهورِ القذْفِ بالبيّنةِ، والإقرارُ هو الخُصومةُ والدّعوى لما نَذْكُرُ في كِتاب الحُدودِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فَصْلٌ [فيما يسقط اللعان بعد وجوبه]

وأمّا بيانُ ما يُسقِطُ اللِّعانَ بعدَ وجوبه وبيانُ حُكمِه إذا سَقَطَ أو لم يجبْ أصلًا فنقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

كُلُّ ما يمْنَعُ وجوبَ اللِّعانِ إذا اعترَضَ بعدَ وجوبه يُسْقِطُ كما إذا جُنّا بعدَ القذْفِ أو جُنّ أحدُهما، أو ارْتَدّا أو ارْتَدّ أحدُهما، أو خَرِسا أو خَرِسَ أحدُهما، أو قَذَفَ أحدُهما إنسانًا فحُدّ حَدّ القذْفِ أو وُطِئَتِ المرأةُ وطْئًا حَرامًا، فلا يجبُ عليه الحدُّ، وكذا إذا أبانَها بعدَ القذْفِ فلا حَدّ ولا لعانَ.

أمّا عَدَمُ وجوب الحدِّ؛ فلأنّ القذْفَ أوجَبَ اللِّعانَ فلا يوجِبُ الحدّ.

وأمّا عَدَمُ وجوب اللِّعانِ فلِزوالِ الزّوجيّةِ، وقيامُ الزّوجيّةِ شرطُ جَرَيانِ اللِّعانِ؛ لأنّ اللّهَ سبحانه وتعالى خَصّ اللِّعانَ بالأزْواجِ.

ولو طَلّقَها طلاقًا رَجْعيًّا لا يَسْقُطُ اللِّعانُ؛ لأنّ الطّلاقَ الرّجعيّ لا يُبْطِلُ الزّوجيّةَ.

ولو قال [لها] [٤]: يا زانيةُ أنتِ طالقٌ ثلاثًا، فلا حَدّ ولا لعانَ؛ لأنّ قولَه: يا زانيةُ

---

(١) في المخطوط: «شهادة».
(٢) في المخطوط: «فيها».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

أوجَبَ اللِّعانَ لا الحدّ؛ لأنّه قَذْفُ للزّوجةَ [(١)] ولمّا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا فقد أبْطَلَ الزّوجيّةَ، واللِّعانُ لا يَجْري في [(٢)] غيرِ الأزْواج.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثًا يا زانيةُ، يجبُ الحدُّ ولا يجبُ اللِّعانُ؛ لأنّه قَذَفَها بعدَ الإبانةِ وهي أجنَبيّةٌ بعدَ الإبانةِ، وقَذْفُ الأجنَبيّةِ يوجِبُ الحدّ لا اللِّعانَ.

ولو أكذَبَ الزّوجُ نفسَه سَقطَ اللِّعانُ لتَعَذُّرِ الإتْيانِ به إذْ من المُحالِ أنْ يُؤْمَرَ أنْ يَشْهَدَ باللّه إنّه [(٣)] لَمنَ الصّادِقينَ، وهو يقولُ: إنّه كاذِبٌ، ويجبُ الحدُّ لما نَذْكُرُ في كِتاب الحُدودِ إنْ شاء اللّه تعالى .

ولو أكذَبَتِ المرأةُ نفسَها في الإنْكارِ وصَدّقَتِ الزّوجَ في القذْفِ سَقَطَ اللِّعانُ لما قُلْنا [(٤)] ولا حَدّ لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو لم يَنْعَقِدِ القذْفُ موجِبًا للِّعانِ أصلاً لفَواتِ شرطٍ من شرائطِ الوجوب فهل يجبُ [(٥)] الحدُّ؟

فمَشايِخُنا أصّلوا في ذلك أصلاً، فقالوا: إنْ كان عَدَمُ وجوب اللِّعانِ أو سُقوطُه بعدَ الوجوب لمعنًى من جانِبِها فلا حُدودَ ولا لعانَ، وإنْ كان القذْفُ صَحيحًا وإنْ كان لمعنًى من جانِبِه فإنْ لم يكنِ القذْفُ صَحيحًا فكذلك وإنْ كان صَحيحًا يُحَدُّ.

وعلى هذا الأصلِ خَرّجوا جِنْسَ هذه المسائلِ، فقالوا: إذا أكذَبَ نفسَه يُحَدُّ؛ لأنّ سُقوطَ اللِّعانِ لمعنًى من جانِبِه وهو إكذابُه نفسَه والقذْفُ صَحيحٌ؛ لأنّه قَذْفُ عاقِلٍ بالِغٍ فيجبُ الحدُّ، ولو أكذَبَتْ نفسَها في الإنْكارِ وصَدّقَتِ الزّوجَ في القذْفِ فلا حَدّ ولا لعانَ وإنْ كانت على صِفةِ الالتِعانِ؛ لأنّ سُقوطَ اللِّعانِ لمعنًى من جانِبِها وهو إكذابُها نفسَها، ولو كانتِ المرأةُ على صِفةِ الالتِعانِ والزّوجُ عبدٌ أو كافرٌ أو محدودٌ في قَذْفٍ فعليه الحدُّ؛ لأنّ قَذْفَها قَذْفٌ صَحيحٌ، وإنّما سَقَطَ اللِّعانُ لمعنًى من جِهَتِه وهو أنّه على صِفةٍ لا يصحُّ منه اللِّعانُ.

ولو كان الزّوجُ صَبيًّا أو مجنونًا فلا حَدّ ولا لعانَ، وإنْ كانتِ المرأةُ على صِفةِ

(١) في المخطوط: «لزوجته».

(٢) في المخطوط: «من».

(٣) في المخطوط: «إني».

(٤) في المخطوط: «بيّنّا».

(٥) في المخطوط: «يوجب».

الالتِعانِ؛ لأنّ قَذْفَ الصّبيِّ والمجنونِ ليس بصَحيحٍ .

ولو كان الزّوجُ حُرًّا عاقِلًا بالِغًا مسلمًا غيرَ محدودٍ في قَذْفٍ والزّوجةُ لا بصِفةِ الالتِعانِ بأنْ كانت كافرةً أو مَمْلوكةً أو صَبيّةً أو مجنونةً أو زانيةً، فلا حَدّ [على الزّوجِ] [١] ولا لعانَ؛ لأنّ قَذْفَها ليس بقَذْفٍ صَحيحٍ .

ألا تَرَى أنّ أجنَبيًّا لو قَذَفَها لا يُحَدُّ، ولو كانتِ المرأةُ مسلمةً حُرّةً عاقِلةً عَفيفةً إلاّ أنّها محدودةٌ في القذْفِ فلا حَدّ ولا لعانَ؛ لأنّ القذْفَ وإنْ كان صَحيحًا لكنّ سُقوطَ اللّعانِ لمعنًى من جانِبِها - وهو أنّها ليستْ من أهلِ الشّهادةِ - فلا يجبُ اللِّعانُ ولا الحدُّ كما لو صَدّقَتْه وإنْ كان كُلُّ واحدٍ من الزّوجَيْنِ محدودًا في قَذْفٍ فقَذَفَها فعليه الحدُّ؛ لأنّ القذْفَ صَحيحٌ وسُقوطُ اللِّعانِ لمعنًى [٢] في الزّوجِ، ولا يُقالُ: إنّه سَقَطَ لمعنًى في المرأةِ بدَليلِ أنّ الزّوجَ لو لم يكنْ محدودًا والمرأةُ محدودةٌ لا يجبُ اللِّعانُ لاعتِبارِ جانِبِها . وإنْ [٣] كان السُّقوطُ لمعنًى من جانِبِها فيَنْبَغي أنْ لا يجبَ اللِّعانُ ولا الحدُّ؛ لأنّا نَقولُ: القذْفُ الصّحيحُ إنّما تُعْتَبَرُ فيه صِفاتُ المرأةِ إذا كان الزّوجُ من أهلِ اللِّعانِ، فأمّا إذا لم يكنْ من أهلِ اللِّعانِ لا تُعْتَبَرُ، وإنّما تُعْتَبَرُ صِفاتُ الزّوجِ، فيُعْتَبَرُ المانِعُ بما فيه لا بما فيها فكان سُقوطُ اللِّعانِ لمعنًى في الزّوجِ بعدَ صحّةِ القذْفِ فيُحَدُّ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

فصلٌ [في حكم اللعان]

وأمّا حُكمُ اللِّعانِ فالكلامُ في هذا الفصلِ في موضِعَيْنِ :

أحدهما: في بيانِ حُكمِ اللِّعانِ.

والثاني: في بيانِ ما يُبْطِلُ حُكمَه .

أمّا بيانُ حُكمِ اللِّعانِ فلِلِّعانِ حُكمانِ:

أحدُهما: أصليٌّ، والآخَرُ: ليس بأصليٍّ .

أمّا الحُكمُ الأصليُّ للِّعانِ فنَذْكُرُ أصلَ الحُكمِ ووَصفَه:

أمّا الأوّل: فنَقولُ [٢/ ١٢٨ب] اختلف العلماءُ فيه قال أصحابُنا [الثّلاثةُ] [٤]: هو

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بمعنى».

(٣) في المخطوط: «وإذا».

(٤) ليست في المخطوط.

وجوبُ التّفريقِ ما داما على حالِ اللِّعانِ لا وُقوعِ الفُرْقةِ بنفسِ اللِّعانِ من غيرِ تَفْريقِ الحاكِمِ حتّى يجوزَ طلاقُ الزّوجِ وظهارُه وإيلاؤُه ويَجْري التّوارُثُ بينهما قبل التّفريقِ [١].

وقال زُفَرُ والشّافعيُّ: هو وُقوعُ الفُرْقةِ بنفسِ اللِّعانِ إلاّ أنّ عندَ زُفَرَ لا تَقَعُ الفُرْقةُ ما لم يَلْتَعِنا [٢].

وعندَ الشّافعيِّ: تَقَعُ الفُرْقةُ بلِعانِ الزّوجِ قبل أنْ تَلْتَعِنَ المرأةُ.

وجه قولِ الشّافعي: أنّ الفُرْقةَ أمرٌ يختصُّ بالزّوجِ. ألا تَرَى أنّه هو المُخْتَصُّ بسببِ الفُرْقةِ؟ فلا يَقِفُ وُقوعُها على فعلِ المرأةِ كالطّلاقِ.

واحتَجّ زُفَرُ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**المُتَلاعِنانِ لا يَجْتَمِعانِ أبَدًا**» [٣] وفي بقاءِ النِّكاحِ اجتماعُهما و(هو خلافُ) [٤] النّصِّ.

ولنا: ما رَوَى نافِعٌ عن ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما: **أَنَّ رَجُلاً لاَعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا فَفَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ** [٥].

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا لاَعَنَ بَيْنَ عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا**. ورُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ **لاَعَنَ بَيْنَ الْعَجْلاَنِي وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَلَمَّا فَرَغَا مِنَ اللِّعَانِ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ قَالَ** عليه الصلاة والسلام: «**اللّهُ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا لَكَاذِبٌ فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ؟**» [٦] **قَالَ ذَلِكَ ثَلاَثًا فَأَبَيَا فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا**.

---

(١) **انظر في مذهب الأحناف:** مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٥٠٥)، مختصر الطحاوى ص (٢١٥)، المبسوط (٧/ ٤٣).

(٢) **مذهب الشافعية:** أنه إذا أكمل الزوج الشهادة والالتعان، فقد زال فراش امرأته ولا تحل له أبدًا، الْتَعَنَتْ أو لم تلتعن، انظر مختصر المزنى ص (٢١١).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٧٦)، حديث (١١٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٠٩)، من حديث ابن عمر بلفظ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا» وقال الحافظ في الدراية (٢/ ٧٦): «وإسناده لا بأس به» وانظر الصحيحة (٢٤٦٥).

(٤) **في المخطوط:** «هذا بخلاف».

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب: يلحق الولد بالملاعنة، حديث (٥٣١٥)، ومسلم، كتاب اللعان، حديث (١٤٩٤)، وأبو داود، حديث (٢٢٥٩)، والترمذي، حديث (١٢٠٣)، والنسائي، حديث (٣٤٧٧)، وابن ماجه، حديث (٢٠٦٩).

(٦) رواه البخاري، كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت، حديث (٢٦٤٥)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، حديث (١٤٤٤)، وأبو

فدلّتِ الأحاديثُ على أنّ الفُرْقةَ لا تَقعُ بلِعانِ الزّوجِ ولا بلِعانِها [(١)] إذْ لو وقَعتْ لَما احتُمِلَ التّفريقُ من رسولِ اللّه ﷺ بعدَ وُقوعِ الفُرْقةِ بينهما بنفسِ اللّعانِ؛ ولأنّ ملكَ النّكاحِ كان ثابتًا قبل اللّعانِ والأصلُ أنّ الملكَ مَتى ثَبَتَ لإنسانٍ لا يَزولُ إلاّ بإزالَتِه أو بخُروجِه من أنْ يكونَ مُنْتَفَعًا به في حقّه لعَجْزِه عن الانتِفاعِ به ولم توجَدِ الإزالةُ من الزّوجِ؛ لأنّ اللّعانَ لا يُنْبئُ عن زوالِ الملكِ؛ لأنّه شهادةٌ مُؤكّدةٌ باليمينِ أو يمينٌ، وكُلُّ واحدٍ منهما لا يُنْبئُ عن زوالِ الملكِ، ولهذا لا يَزولُ بسائرِ الشّهاداتِ والأيمانِ، والقُدْرةُ على الامتِناعِ [(٢)] ثابتةٌ فلا تَقعُ الفُرْقةُ بنفسِ اللّعانِ وقد خرج الجوابُ عَمّا ذَكَرَه الشّافعيُّ.

ثُمّ قولُ الشّافعيِّ مُخالِفٌ لآيةِ اللّعانِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى خاطَبَ الأزْواجَ باللّعانِ بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ [النور: ٦] إلى آخِرِ ما ذَكَرَ فلو ثَبَتَتِ الفُرْقةُ بلِعانِ الزّوجِ فالزّوجةُ تُلاعِنُه وهي غيرُ زوجةٍ وهذا خلافُ النّصّ.

وأمّا زُفَرُ فلا حُجّةَ له في الحديثِ؛ لأنّ المُتَلاعِنَ مُتَفاعِلٌ من اللّعْنِ وحقيقةُ المُتَفاعِلِ المُتَشاغِلُ بالفعلِ فبعدَ الفراغِ منه لا يَبْقَى فاعِلاً حقيقةً، فلا يَبْقَى مُلاعِنًا حقيقةً، فلا يصحُّ التّمسُّكُ به لإثباتِ الفُرْقةِ عَقيبَ اللّعانِ فلا تَثْبُتُ الفُرْقةُ عَقيبَه، وإنّما الثّابتُ عَقيبَه وجوبُ التّفريقِ فإنْ فرّقَ الزّوجُ بنفسِه وإلاّ يَنوبُ القاضي مَنابَه في التّفريقِ فإذا فرّقَ بعدَ تَمامِ اللّعانِ وقَعتِ الفُرْقةُ فإنْ أخطأ القاضي ففرّقَ قبل تَمامِ اللّعانِ يُنْظَرُ إنْ كان كُلُّ واحدٍ منهما قد التَعَنَ أكثَرَ اللّعانِ نَفَذَ التفريق وإن لم يلتعنا أكثر اللعان، أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ، وإنما كان كذلك؛ لأن تفريق القاضي إذا وقَعَ بعدَ أكثَرِ اللّعانِ فقد قضَى بالاجتِهادِ في موضِعٍ يَسوغُ الاجتِهادُ فيه فيَنْفُذُ قضاؤه كما في سائرِ المُجْتَهَداتِ، والدّليلُ على أنّ تَفْريقَه صادَفَ مَحَلّ الاجتِهادِ وجوهٌ ثلاثةٌ:

احدُها: أنّه عَرَفَ أنّ الأكثَرَ يقومُ مقامَ الكُلّ في كثيرٍ من الأحْكامِ فأفضى [(٣)] اجتِهادُه إلى أنّ الأكثَرَ يقومُ مقامَ الكُلّ في اللّعانِ.

داود، حديث (٢٠٥٥)، والترمذي، حديث (١١٤٦)، والنسائي، حديث (٣٣٠١)، وابن ماجه، حديث (١٩٣٧)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ٣٦)، حديث (٤٢٢٣)، والضياء في المختارة (٢/ ١٠١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٥٨)، حديث (١٣٦٧٨)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٧٤)، حديث (٥٤٨).

(١) في المخطوط: «بلعانهما». (٢) في المخطوط: «الانتفاع».

(٣) في المطبوع: «فاقتضى».

والثاني: أنّه اجتَهَدَ أنّ التّكرارَ في اللِّعانِ للتّأكيدِ والتّغْليظِ وهذا المعنى يوجدُ في الأكثرِ.

والثالِث: أنّه زَعَمَ أنّه لَمّا ساغَ للشّافعيِّ الاقْتِصارُ على لعانِ الزّوجِ إذا قَذَفَ المجنونةَ أو الميِّتةَ فلأنْ يَسوغَ له الاجتِهادُ بعدَ إكمالِ الزّوجِ لعانَه وإتْيانِ المرأةِ بأكثَرِ اللِّعانِ أولى فثَبَتَ أنّ قضاءَ القاضي صادَفَ مَحَلّ الاجتِهادِ فيَنْفُذُ.

فإنْ قِيلَ شرطُ جَوازِ الاجتِهادِ أنْ لا يُخالِفَ النّصّ وهذا قد خالَفَ النّصّ من الكِتاب والسُّنّةِ؛ لأنّ كِتابَ اللّه ورَدَ باللِّعانِ بعَدَدٍ مَخْصوصٍ وكذا النّبيُّ ﷺ لاعَنَ بين الزّوجَيْنِ على ذلك العدَدِ وإذا كان ذلك العدَدُ مَنصوصًا عليه فالاجتِهادُ إذا خالَفَ النّصّ باطِلٌ.

فالجوابُ: مَمْنوعٌ لأنِ (اجتِهادَ القاضي) (١) خالَفَ النّصّ فإنّ التّنْصيصَ على عَدَدٍ لا يَنْفي جَوازَ الأكثَرِ وإقامَتَه مقامَ الكُلِّ ولا يقتَضي الجوازَ أيضًا، فلم يكنِ الحُكمُ مَنصوصًا عليه بل كان مسكوتًا عنه فكان مَحَلّ الاجتِهادِ، وفائدَتُه التّنْصيصُ على العدَدِ المذكورِ والتّنْبيه على الأصلِ (٢) والأولى وهذا لا يَنْفي الجوازَ.

وأمّا الثاني: فقد اختلف العلماءُ فيه أيضًا [٢/ ١٢٩أ].

قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: الفُرْقةُ الواقعة في اللِّعانِ فُرْقةٌ بتطليقةٍ بائنةٍ فيَزولُ ملكُ النّكاحِ وتَثْبُتُ حُرْمةُ الاجتِهادِ والتّزوُّجِ ما داما على حالةِ اللِّعانِ فإنْ أكذَبَ الزّوجُ نفسَه فجُلِدَ الحدّ أو أكذَبَتِ المرأةُ نفسَها [بأنْ صَدّقَتْه] (٣) جاز (التناكح) (٤) بينهما ويَجْتَمِعانِ.

وقال أبو يوسُفَ وزُفَرُ والحسَنُ بنُ زيادٍ: هي فُرْقةٌ بغيرِ طلاقٍ وإنّها توجِبُ حُرْمةً مُؤَبّدةً كحُرْمةِ الرّضاعِ والمُصاهَرةِ واحتَجّوا بقولِ النّبيِّ ﷺ: «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» (٥) وهو نصٌّ في الباب.

وكذا رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم مثلُ عُمَرَ وعَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ وغيرِهم رضي الله عنهم أنّهم قالوا: الْمُتَلَاعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا.

---

(١) في المخطوط: «الاجتهاد للقاضي».
(٢) في المخطوط: «الكل».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المطبوع: «النكاح».
(٥) سبق تخريجه.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ لَمَّا لاعَنَ بَيْنَ عُوَيْمِرِ الْعَجْلَانِيِّ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَقَالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إنْ أَمْسَكْتها فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا إنْ لَمْ أُفَارِقْهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا [١]. فصار طلاقُ الزّوجِ عَقيبَ اللِّعانِ سُنّةَ المُتَلاعِنَيْنِ؛ لأنّ عوَيْمِرٍ طَلّقَ زوجَته ثلاثًا بعدَ اللِّعانِ عندَ رسولِ اللّه ﷺ فأنْفَذَها عليه رسولُ اللّه ﷺ فيجبُ على كُلِّ مُلاعَنٍ أنْ يُطَلِّقَ فإذا امتَنَعَ يَنوبُ القاضي مَنابه في التّفريقِ فيكونُ طلاقًا كما في العِنّينِ؛ ولأنّ سببَ هذه الفُرْقةِ قَذْفُ الزّوجِ؛ لأنّه يوجِبُ اللِّعانَ واللِّعانُ يوجِبُ التّفريقَ والتّفريقُ يوجِبُ الفُرْقةَ فكانتِ الفُرْقةُ بهذه الوسائطِ مُضافةً إلى القذْفِ السّابقِ وكُلُّ فُرْقةٍ تكونُ من الزّوجِ أو يكونُ فعلُ الزّوجِ سببَها تكونُ طلاقًا كما في العِنّينِ والخُلْعِ والإيلاءِ ونحوِ ذلك.

وهو قولُ السّلَفِ: إنّ كُلّ فُرْقةٍ وقَعَتْ من قِبَلِ الزّوجِ فهي طلاقٌ من نحوِ إبْراهيمَ والحسَنِ وسَعيدِ بنِ جُبيرٍ وقَتادةَ وغيرِهم رضي الله عنهم.

وأمّا الحديثُ فلا يُمْكِنُ العمَلُ بحقيقَتِه لما ذَكَرْنا أنّ حقيقةَ المُتَفاعِلِ هو المُتَشاغِلُ بالفعلِ وكَما فرَغا من اللِّعانِ ما بقيا مُتَلاعِنَيْنِ حقيقةً فانصَرَفَ المُرادُ إلى الحُكمِ وهو أنْ يكونَ حُكمُ اللِّعانِ فيهما ثابتًا.

فإذا أكذَبَ الزّوجُ نفسَه وحُدّ حَدّ القذْفِ بَطَلَ حُكمُ اللِّعانِ فلم يَبْقَ مُتَلاعِنًا حقيقةً وحُكمًا فجاز اجتماعُهما.

ونَظيرُه قوله تعالى في قِصّةِ أصحاب الكهفِ: ﴿إِنَّهُمْ إِن يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَن تُفْلِحُوٓا إِذًا أَبَدًا﴾ [الكهف: ٢٠] أي: ما داموا في مِلّتِهم، ألا ترَى أنّهم إذا لم يفعلوا يُفْلِحوا فكذا هذا.

وأمّا الحُكمُ الذي ليس بأصليٍّ للِّعانِ فهو وجوبُ قَطعِ النّسَب في أحدِ نوعَيِ القذْفِ وهو القذْفُ بالولدِ لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ لَمّا لاعَنَ بين هِلالِ بنِ أُمَيّةَ وبين زوجَتِه وفرّقَ بينهما نَفَى الولدَ [٢] عنه وألحقَه بالمرأةِ [٣] فصار النّفيُ أحدَ حُكمَيِ اللِّعانِ ولأنّ القذْفَ إذا كان بالولدِ فغرَضُ الزّوجِ أنْ يَنفيَ ولدًا ليس منه في زَعْمِه فوَجَبَ النّفيُ تَحقيقًا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «ولد امرأة هلال».

(٣) في المخطوط: «بها».

لغَرَضِه وإذا كان وجوبُ نَفْيِه أحدَ حُكمَي اللِّعانِ فلا يجبُ قبل وجودِه، وعلى هذا قُلْنا: إنّ القذْفَ إذا لم يَنْعَقِدْ موجِبًا اللِّعانَ أو سَقَطَ بعدَ الوجوب ووَجَبَ الحدُّ أو لم يجبْ أو لم يَسْقُطْ لكنّهما لم يتلاعَنا بعدُ لا يَنْقَطِعُ نَسَبُ الولدِ.

وكذا إذا نَفَى نَسب ولدِ حُرّةٍ فصَدّقَتْه لا يَنْقَطِعُ نَسَبُه لتَعَذُّرِ اللِّعانِ [مع تصديقها إياه في القذف لأن ذلك ينفي اللعان] [1] لما فيه من التّناقُضِ حيثُ تَشْهَدُ باللّه إنّه لَمن الكاذِبينَ، وقد قالت: إنّه صادِقٌ وإذا تَعَذّرَ اللِّعانُ تَعَذّرَ قَطْعُ النّسَب؛ لأنّه حُكمُه ويكونُ ابنَهما لا يُصَدّقانِ على نَفْيِه؛ لأنّ النّسب قد ثَبَتَ والنّسَبُ الثّابتُ بالنّكاحِ لا يَنْقَطِعُ إلاّ باللِّعانِ ولم يوجدْ، ولا يُعْتَبَرُ تَصادُقُهما على النّفيِ؛ لأنّ النّسب يَثْبُتُ حقًّا للوَلَدِ وفي تَصادُقِهما على النّفيِ إبْطالُ حقِّ الولدِ وهذا لا يجوزُ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا كان عُلوقُ الولدِ في حالٍ لا لعانَ بينهما فيها ثُمّ صارتْ بحيثُ يقعُ بينهما اللِّعانُ نحوُ ما إذا عُلِّقَتْ وهي كِتابيّةٌ أو أمةٌ ثُمّ أُعْتِقَتِ الأمةُ أو أسلَمَتِ الكِتابيّةُ فوَلَدَتْ فنَفاه أنّه لا يَنْقَطِعُ نَسَبُه؛ لأنّه لا تَلاعُنَ بينهما لعَدَمِ أهليّةِ اللِّعانِ وقتَ العُلوقِ، وقَطْعُ النّسَب حُكمُ اللِّعانِ.

ثُمّ لوجودِ قَطْعِ النّسَب شرائطُ: منها التّفريقُ؛ لأنّ النّكاحَ قبل التّفريقِ قائمٌ فلا يجبُ النّفيُ.

ومنها: أنْ يكونَ القذْفُ بالنّفيِ بحَضْرةِ الوِلادةِ أو بعدَها بيومٍ أو بيومَيْنِ أو نحوِ ذلك من مُدّةٍ توجَدُ فيها لتَهْنِئةٍ أو ابتياعِ آلاتِ الوِلادةِ عادةً فإنْ نَفاه بعدَ ذلك لا يَنْتَفي ولم يوَقِّتْ أبو حنيفةَ لذلك وقتًا.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه وقّتَ له سَبْعةَ أيّامٍ، وأبو يوسُفَ ومحمّدٌ وقّتاه بأكثَرِ النِّفاسِ وهو أربعونَ يومًا [2]، واعتبَرَ الشّافعيُّ الفوْرَ فقال: إنْ نَفاه على الفوْرِ انتفَى وإلاّ لَزِمَه.

وجه قوله: أنّ [٢/ ١٢٩ب] تَرْكَ النّفيِ على الفوْرِ إقرارٌ منه دَلالةً فكان كالإقرارِ نصًّا.

وجه قولِهما أنّ النِّفاسَ أثَرُ الوِلادةِ فيصحُّ نَفْيُ الولدِ ما دامَ أثَرُ الوِلادةِ.

ولأبي حنيفةَ: أنّ هذا أمرٌ يَحْتاجُ إلى التّأمُّلِ فلا بُدّ له من زَمانِ التّأمُّلِ وإنّه يختلِفُ

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٦١٨)، المبسوط (٧/ ٥٥).

باختلافِ الأشخاصِ والأحوالِ فتَعَذّرَ التّوْقيتُ فيه فيَحْكُمُ فيه العادةُ من قَبولِ التّهْنِئةِ وابتياعِ آلاتِ الوِلادةِ أو مُضيِّ مُدّةٍ يُفْعَلُ ذلك فيها عادةً فلا يصحُّ نَفْيُه بعدَ ذلك، وبهذا يَبْطُلُ اعتِبارُ الفوْرِ؛ لأنّ معنى التّأمُّلِ والتّرَوّي لا يَحْصُلُ بالفوْرِ.

وعلى هذا قالوا في الغائب [عن امرأتِه] (١): إذا ولدَتْ ولم يعلم بالوِلادةِ حتّى قَدِمَ أو بَلَغَه الخبَرُ وهو غائبٌ أنّه له أنْ يَنْفيَ عندَ أبي حنيفةَ في مِقْدارِ تَهْنِئةِ الولدِ وابتياعِ آلاتِ الوِلادةِ وعندَهما في مِقْدارِ مُدّةِ النّفاسِ بعدَ القُدومِ أو بُلوغِ الخبَرِ؛ لأنّ النّسب لا يَلْزَمُ إلاّ بعدَ العلمِ به فصار حالُ القُدومِ وبُلوغِ الخبَرِ كحالِ الوِلادةِ على المذهبينِ جميعًا.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إنْ قَدِمَ قبل الفِصالِ فلَه أنْ يَنْفيَه في مِقْدارِ مُدّةِ النّفاسِ وإنْ قَدِمَ بعدَ الفِصالِ فليس له أنْ يَنْفيَه ولم يُرْوَ هذا التّفصيلُ عن محمّدٍ. كذا ذَكَرَه القُدوريُّ.

ووَجْهُه: أنّ الولدَ قبل الفِصالِ لم يَنْتَقِلْ عن غِذائه الأوّلِ فصار كمُدّةِ النّفاسِ وبعدَ الفِصالِ انتَقَلَ عن ذلك الغِذاءِ وخرج عن حالِ الصِّغَرِ فلو احتَمَلَ النّفيَ بعدَ ذلك لاحتَمَلَ بعدَما صار شيخًا وذلك قَبيحٌ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه (مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ): أنّه إنْ بَلَغَه الخبَرُ في مُدّةِ النّفاسِ فلَه أنْ يَنْفيَ إلى تَمامِ مُدّةِ النّفاسِ وإنْ بَلَغَه [الخبَرُ] (٢) بعدَ أربعينَ فقد رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال له أنْ يَنْفيَ إلى تَمامِ سَنَتَيْنِ؛ لأنّه لَمّا مضى وقتُ النّفاسِ يُعْتَبَرُ وقتُ الرّضاعِ ومُدّتُه سَنَتانِ عندَهما، ولو بَلَغَه الخبَرُ بعدَ حَوْلَيْنِ فنَفاه ذُكِرَ في غيرِ رِوايةِ الأُصولِ، عن أبي يوسُفَ: أنّه لا يقطَعُ النّسب ويُلاعِنُ.

وعن محمّدٍ أنّه قال: يَنْتَفي الولدُ إذا نَفاه بعدَ بُلوغِ الخبَرِ إلى أربعينَ يومًا.

ومنها: أنْ لا يَسْبِقَ النّفيُ عن الزّوجِ ما يكونُ إقرارًا منه بنَسَب الولدِ لا نصًّا ولا دَلالةً فإنْ سبقَ لا يقطَعُ النّسب من الأب؛ لأنّ النّسب بعدَ الإقرارِ به لا يحتملُ النّفيَ بوَجْهٍ؛ لأنه لَمّا أَقَرّ به فقد ثَبَتَ نَسَبُه والنّسَبُ حقُّ الولدِ فلا يملِكُ الرُّجوعَ عنه بالنّفيِ فالنّصُّ نحوُ أنْ يقول: هذا ولدي، أو هذا الولدُ مِنّي، والدّلالةُ هي: أنْ يَسْكُتَ إذا هُنِّئَ ولا يَرُدُّ على

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

المُهَنِّئِ؛ لأنّ العاقِلَ لا يَسْكُتُ عندَ التّهْنِئةِ بوَلَدٍ ليس منه عادةً فكان السُّكوتُ والحالةُ هذه اعتِرافًا بنَسَب الولدِ فلا يملِكُ نَفْيَه بعدَ الاعتِرافِ.

ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ أنّه إذا هُنِّئَ بوَلَدِ الأمةِ فسَكَتَ لم يكنِ اعتِرافًا وإنْ سَكَتَ في ولدِ الزّوجةِ كان اعتِرافًا، ووَجْه الفرقِ أنّ نَسب ولدِ الزّوجةِ قد ثَبَتَ بالفِراشِ إلاّ أنّ له غَرَضيّةَ النّفيِ من الزّوجِ فإذا سَكَتَ عندَ التّهْنِئةِ دَلّ على أنّه لا يَنْفيه فبَطَلَتِ الغَرَضيّةُ فتَقرّرَ النّسَبُ، وأما [1] ولدُ الأمةِ فلا يَثْبُتُ إلاّ بالدّعْوةِ ولم توجَدْ فإنْ جاءَتْ بوَلَدَيْنِ في بَطْنٍ فأقَرّ بأحدِهما ونَفَى الآخَرَ فإنْ أقَرّ بالأوّلِ ونَفَى الثّاني لاعَنَ ولزِمَه الولدانِ جميعًا أمّا لُزومُ الولدَيْنِ فلأنّ إقرارَه بالأوّلِ إقرارٌ بالثّاني؛ لأنّ الحمْلَ حَمْلٌ واحدٌ فلا يُتَصَوّرُ ثُبوتُ بعضِ نَسَب الحمْلِ دونَ بعضٍ كالولد الواحدِ أنّه لا يُتَصَوّرُ ثُبوتُ نَسَب بعضِه دونَ بعضٍ فإذا نَفَى الثّانيَ فقد رَجَعَ عَمّا أقَرّ به. والنّسَبُ المقَرُّ به لا يُحْتَمَلُ الرُّجوعُ عنه فلم يصحّ نَفْيُه فيَثْبُتُ نَسَبُهما جميعًا ويُلاعِنُ؛ لأنّ مَنْ أقَرّ بنَسَب ولدٍ ثُمّ نَفاه يُلاعِنُ وإنْ كان لا يُقْطَعُ نَسَبُه؛ لأنّ قَطْعَ النّسَب ليس من لَوازِمِ اللِّعانِ بل يَنْفَصِلُ عنه في الجملةِ.

ألا تَرَى أنّه شُرِعَ في المقذوفةِ بغيرِ ولدٍ. ثُمّ إنّما وجَبَ اللِّعانُ؛ لأنّه لَمّا أقَرّ بالأوّلِ فقد وصَفَ امرأتَه بالعِفّةِ ولمّا نَفَى الولدَ فقد وصَفَها بالزّنا، ومَنْ قال لامرأتِه: أنتِ عَفيفةٌ ثُمّ قال لها: أنتِ زانيةٌ، يُلاعَنُ.

وإنْ نَفَى الأوّلَ وأقَرّ بالثّاني حُدّ ولا لعانَ ويَلْزَمانِه جميعًا.

أمّا ثُبوتُ نَسَب الولدَيْنِ فلأنّ نَفْيَ الأوّلِ وإنْ تَضَمّنَ نَفْيَ الثّاني فالإقرارُ بالثّاني يتضَمّنُ الإقرارَ بالأوّلِ فيصيرُ مُكذِّبًا نفسَه ومَنْ وجَبَ عليه اللِّعانُ إذا أكذَبَ نفسَه يُحَدُّ وإذا حُدّ لا يُلاعَنُ؛ لأنّهما لا يَجْتَمِعانِ ولأنّه لَمّا نَفَى الأوّلَ فقد قَذَفَها بالزّنا فلَمّا أقَرّ بالثّاني فقد وصَفَها بالعِفّةِ. ومَنْ قال لامرأتِه: أنتِ زانيةٌ ثُمّ قال لها: أنتِ عَفيفةٌ يُحَدُّ حَدّ القذْفِ ولا يُلاعَنُ.

ومنها: أنْ يكونَ الولدُ حَيًّا وقتَ قَطْعِ النّسَب وهو وقتُ التّفريقِ فإنْ لم يكنْ لا يُقْطَعُ نَسَبُه من [٢/ ١٣٠أ] الأب حتّى لو جاءَتْ بوَلَدٍ فمات ثُمّ نَفاه الزّوجُ يُلاعِنُ ويَلْزَمُه الولدُ؛ لأنّ النّسب يتقَرّرُ بالموتِ فلا يحتملُ الانقِطاعَ ولكنه يُلاعِنُ لوجودِ القذْفِ [بنَفْيِ

---

(١) في المطبوع: «فأما».

الولدِ] (١) وانقِطاعُ النّسَب ليس من لَوازِمِ اللّعانِ.

وكذلك إذا جاءَتْ بوَلَدَيْنِ أحدُهما مَيّتٌ فنَفاهما يُلاعَنُ ويَلْزَمُه الولدانِ لما قُلْنا، وكذلك إذا جاءَتْ بوَلَدٍ فنَفاه الزّوجُ ثُمّ مات الولدُ قبل اللّعانِ يُلاعِنُ الزّوجُ ويَلْزَمُه الولدُ لما قُلْنا.

وكذا لو جاءَتْ بوَلَدَيْنِ فنَفاهما ثُمّ ماتا قبل اللّعانِ أو قُتِلا يُلاعِنُ ويَلْزَمُه الولدانِ؛ لأنّ النّسب بعدَ الموتِ لا يحتملُ القطْعَ ويُلاعَنُ لما قُلْنا وكذا لو نَفاهما ثُمّ مات أحدُهما قبل اللّعانِ أو قُتِلَ لَزِمَه الولدانِ؛ لأنّ نَسب الميّتِ منهما لا يحتملُ القطْعَ لتَقَرُّرِه بالموتِ فكذا نَسَبُ الحيِّ؛ لأنّهما تَوْأمانِ وأمّا اللّعانُ فقد ذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّه يُلاعَنُ ولم يَذْكُرِ الخلافَ، وكذا ذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ الخلافَ في المسألةِ فقال عندَ أبي يوسُفَ: يَبْطُلُ اللّعانُ وعندَ محمّدٍ: لا يَبْطُلُ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ اللّعانَ قد وجَبَ بالنّفي فلو بَطَلَ إنّما يَبْطُلُ لامتِناعِ قَطْعِ النّسَب وامتِناعُه لا يمْنَعُ بقاءَ اللّعانَ؛ لأنّ قَطْعَ النّسَب ليس من لَوازِمِ اللّعانِ. ولأبي يوسُفَ أنّ المقصودَ من اللّعانِ الواجِب بهذا القذْفِ أعني: القذْفَ بنَفْيِ الولدِ هو نَفْيُ الولدِ فإذا تَعَذّرَ تَحْقيقُ هذا المقصودِ لم يكنْ في بقاءِ اللّعانِ فائدةٌ فلا يَنْفي الولدَ، ولو ولدَتْ [ولدًا] (٢) فنَفاه ولاعَنَ الحاكِمُ بينهما وفَرّقَ وألزم الولدَ أُمّه أو لَزِمَها بنفسِ التّفريقِ ثُمّ ولدَتْ ولدًا آخَرَ من الغدِ لَزِمَه الولدانِ جميعًا واللّعانُ ماضٍ؛ لأنّه قد ثَبَتَ نَسَبُ الولدِ الثّاني إذْ لا يُمْكِنُ قَطْعُه بما وجَدَ من اللّعانِ؛ لأنّ حُكمَ اللّعانِ قد بَطَلَ بالفُرْقةِ فيَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ الثّاني.

وإنْ قال الزّوجُ: هما ابنايَ لا حَدّ عليه لأنّه صادِقٌ في إقرارِه بنَسَب الولدَيْنِ لكَوْنِهما ثابتَي النّسَب منه شرعًا فإنْ قِيلَ: أليس إنّه أكذَبَ نفسَه بقولِه هما ابنايَ؛ لأنّه سبقَ منه نَفْيُ الولدِ ومَنْ نَفَى الولدَ فلوعِنَ (٣) ثُمّ أكذَبَ نفسَه فيُقامُ عليه الحدُّ كما إذا جاءَتْ بوَلَدٍ واحدٍ فقال: هذا الولدُ ليس مِنّي فلاعَنَ الحاكِمُ بينهما ثُمّ قال: هو ابني، فالجوابُ أنّ قوله:

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فلاعن».

هما ابنايَ يحتملُ الإكذابَ ويحتملُ الإخبارَ عن حُكمٍ لَزِمَه شرعًا وهو ثُبوتُ نَسَبِ الولدَيْنِ فلا يُجْعَلُ إكذابًا مع الاحتمالِ بل حَمْلُه على الإخبارِ أولى؛ لأنّه لو جُعِلَ إكذابًا لَلَزِمَه الحدُّ، ولو جُعِلَ إخبارًا عمّا قُلْنا لا يَلْزَمُه .

وقد قال النّبيُّ ﷺ: «ادرَءُوا الْحُدودَ بِالشُّبُهَاتِ»، وقال: «ادرَءُوا الْحُدودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» (١) حتّى لو [قال] (٢): كذَبْت في اللِّعانِ وفيما قَذَفْتُها به من الزِّنا يُحَدُّ؛ لأنّه نصّ على الإكذاب فزالَ الاحتمالُ، وقد قال مَشايِخُنا: إنّ الإقرارَ بالولدِ بعدَ النّفيِ إنّما يكونُ إكذابًا إذا كان المُقِرُّ بحالٍ لو (لم يُقِرّ) (٣) به لَلوعِنَ به إذا كان من أهلِ اللِّعانِ وههنا لم يوجدْ؛ لأنّه لو لم يُقِرّ بهما لم يُلاعن بخلافِ الفصلِ الأوّلِ فإنّه لو لم يُقِرّ بهما لَلوعِنَ به. وعلى هذا قالوا: لو ولدَتِ امرأتُه ولدًا فقال: هو ابني ثُمّ ولدَتْ آخرَ فنَفاه، ثُمّ أقرّ به لا حَدّ عليه؛ لأنّه لم يصِرْ مُكذِّبًا نفسَه بهذا الإقرارِ . ألا ترَى أنّه لو لم يُقِرّ به لا يُلاعَنُ بنَفْيِ الولدِ لثُبوتِ نَسَبِ الولدَيْنِ . ولو قال: لَيْسا بابنَيّ كانا ابنَيْه ولا حَدّ عليه؛ لأنّه أعادَ القذْفَ الأوّلَ وكرّرَه؛ لتَقَدُّمِ القذْفِ منه واللِّعانِ، والمُلاعِنُ إذا كرّرَ القذْفَ لا يجبُ عليه الحدُّ .

ولو طَلّقَ امرأتَه طلاقًا رَجْعيًّا فجاءَتْ بوَلَدٍ لأقلّ من سَنَتَيْنِ بيومٍ فنَفاه ثُمّ جاءَتْ بوَلَدٍ بعدَ سَنَتَيْنِ بيومٍ فأقَرّ به فقد بانَتْ ولا لعانَ ولا حَدّ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ .

وقال محمّدٌ: هذه رَجْعيّةٌ وعلى الزّوجِ الحدُّ فنَذْكُرُ أصلَهما وأصلَه وتُخرّجُ المسألةُ عليه .

فمن أصلِهما: أنّ الولدَ الثّاني يَتْبَعُ الولدَ الأوّلَ؛ لأنّها جاءَتْ به في مُدّةٍ يَثْبُتُ نَسَبُه فيها وهكذا هو سابقٌ في الوِلادةِ فكان الثّاني تابعًا له فجُعِلَ كأنّها جاءَتْ بهما لأقلّ من سَنَتَيْنِ فلا تَثْبُتُ الرّجعةُ فتَبينُ بالولدِ الثّاني فتَصيرُ أجنبيّةً، فيتعذّرُ اللِّعانُ .

ومن أصلِه: أنّ الولدَ [الأول] (٤) يَتْبَعُ الثّاني؛ لأنّ الثّانيَ حَصَلَ من وطْءٍ حادثٍ بعدَ الطّلاقِ بيقينٍ إذِ الولدُ لا يَبْقَى في البطْنِ أكثرَ من سَنَتَيْنِ والأوّلُ يُحْتَمَلُ أنّه حَصَلَ من وطْءٍ حادثٍ أيضًا وإنّنا نَرُدُّ المُحْتَمَلَ إلى المُحْكَمِ فجُعِلَ الأوّلُ تابعًا للثّاني فصار كأنّها ولدَتْهما بعدَ سَنَتَيْنِ .

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أقر».
(٤) ليست في المخطوط.

والمُطَلّقةُ طلاقًا رَجْعيًّا إذا جاءَتْ بوَلَدٍ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ ثَبَتَتِ الرّجعةُ؛ لأنّه يكونُ من وطْءٍ حادِثٍ بعدَ الطّلاقِ بيَقينٍ فيصيرُ مُراجِعًا لها بالوطْءِ، فإذا أقَرّ بالثّاني بعدَ نَفْيِ الأوّلِ فقد أكذَبَ نفسَه فيُحَدُّ، وإنْ [٢/ ١٣٠ب] كان الطّلاقُ بائنًا والمسألةُ بحالِها يُحَدُّ ويَثْبُتُ نَسَبُ الولدَيْنِ عندَهما، وعندَ محمّدٍ لا حَدّ ولا لعانَ ولا يَثْبُتُ نَسَبُ الولدَيْنِ؛ لأنّ من أصلِهما أنّ الولدَ الثّانيَ يَتْبَعُ الأوّلَ فتُجْعَلُ كأنّها جاءَتْ بهما لأقَلّ من سَنَتَيْنِ فيَثْبُتُ نَسَبُهما ولا يجبُ اللّعانُ لزوالِ الزّوجيّةِ ويجبُ الحدُّ لإكذاب نفسِه.

ومن أصلِه: أنّ الأوّلَ يَتْبَعُ الثّانيَ وتُجعَلُ كأنّها جاءَتْ به لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ والمرأةُ مبتوتةٌ والمبتوتةُ إذا جاءَتْ بوَلَدٍ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ لا يَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ ولا يُحَدُّ قاذِفُها؛ لأنّ معها عَلامةَ الزّنا وهو ولدٌ غيرُ ثابتِ النّسَب فلم تكُنْ عَفيفةً فلا يجبُ الحدُّ على قاذِفِها.

ومنها: أنْ لا يكونَ نَسَبُ الولدِ محكومًا بثُبوتِه شرعًا كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ.

فإنْ كان لا يُقْطَعُ نَسَبُه فصورَتُه ما رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال في رجلٍ جاءَتِ امرأتُه بوَلَدٍ فنَفاه ولم يُلاعِنْ حتّى قَذَفَها أجنَبيٌّ بالولدِ الذي جاءَتْ به فضَرَبَ القاضي الأجنَبيّ الحدّ فإنّ نَسب الولدِ يَثْبُتُ من الزّوجِ ويَسْقُطُ اللّعانُ؛ لأنّ القاضيَ لَمّا حَدّ قاذِفَها بالولدِ فقد حَكَمَ بكذِبه والحُكمُ بكذِبه حُكمٌ بثُبوتِ نَسَبِ الولدِ والنّسَبُ المحكومُ بثُبوتِه لا يحتملُ النّفيَ باللّعانِ كالنّسَب المقرِّ به وإنّما سَقَطَ اللّعانُ؛ لأنّ الحاكِمَ لَمّا حَدّ قاذِفَها فقد حَكَمَ بإحصانِها في عَيْنِ ما قُذِفَتْ به ثُمّ إذا قَطَعَ النّسب من الأب وألحقَ الولدَ بالأُمِّ يَبْقَى النّسَبُ في حقِّ سائرِ الأحْكام من الشّهادةِ والزّكاةِ والقِصاصِ وغيرِها حتّى لا يجوزَ شهادةُ أحدِهما للآخَرِ وصَرْفُ الزّكاةِ إليه، ولا يجبُ القِصاصُ على الأب بقَتْلِه ونحوُ ذلك من الأحْكامِ [إلاّ أنّه لا يَجْري التّوارُثُ بينهما. ولا نفقةَ على الأب] [(١)]؛ لأنّ النّفيَ باللّعانِ يَثْبُتُ شرعًا بخلافِ الأصلِ بناءً على زَعْمِه وظَنّه مع كونِه مولودًا على فِراشِه وقد قال النّبيُّ ﷺ: «الوَلَدُ لِلفِرَاشِ» [(٢)] فلا يَظْهَرُ في حقِّ سائرِ الأحْكامِ.

* * *

(١) ليست في المخطوط.

(٢) سبق تخريجه.

فَصْلٌ [فيما يبطل به حكم اللعان]

وأمّا بيانُ ما يَبْطُلُ به حُكمُ اللِّعانِ فكُلُّ ما يُسْقِطُ اللِّعانَ بعدَ وجوبه يُبْطِلُ الحُكمَ بعدَ وجودِه قبل التّفريقِ وهو ما ذَكَرْنا من جُنونِهما بعدَ اللِّعانِ قبل التّفريقِ، أو جُنونِ أحدِهما، أو خَرَسِهما أو خَرَسِ أحدِهما، أو رِدّتِهما أو رِدّةِ أحدِهما، أو صَيْرورةِ أحدِهما محدودًا في القذْفِ، أو صَيْرورةِ المرأةِ موطوءةً وطْئًا حَرامًا وإكذاب أحدِهما نفسَه حتّى لا يُفَرِّقَ الحاكِمُ بينهما ويكونانِ على نِكاحِهما، والأصلُ أنّ بقاءَهما على حالِ اللِّعانِ [شرطُ بقاءِ حُكمِ اللِّعانِ فإنْ بقيا على حالِ اللِّعانِ بقيَ حُكمُ اللِّعانِ وإلاّ فلا . وإنّما كان كذلك؛ لأنّ اللِّعانَ] [1] شهادةٌ ولا بُدّ من بقاءِ الشّاهدِ على صِفةِ الشّهادةِ إلى أنْ يَتّصِلَ القضاءُ بشهادَتِه حتّى يجبَ القضاءُ بها . وقد زالَتْ صِفةُ الشّهادةِ بهذه العوارِضِ فلا يجوزُ للقاضي التّفريقُ ولو لاعَنَها بالولدِ ثُمّ قَذَفَها هو أو غيرُه لا يجبُ الحدُّ ولو لاعَنَها بغيرِ الولدِ ثُمّ قَذَفَها هو أو غيرُه يجبُ عليه الحدُّ، والفرقُ أنّ اللِّعانَ لا يوجِبُ تَحْقيقَ الزِّنا منها فلا تَزولُ عِفّتُها باللِّعانِ إلاّ أنّ في اللِّعانِ بالولدِ قَذْفَها ومعها عَلامةُ الزِّنا وهو الولدُ بغيرِ أبٍ فلم تكُنْ عَفيفةً فلا يُقامُ الحدُّ على قاذِفِها ولم يوجدْ ذلك في اللِّعانِ بغيرِ ولدٍ فبقيَتْ عِفّتُها فيجبُ الحدُّ على قاذِفِها .

ولو أكذَبَ نفسَه بعدَ اللِّعانِ بوَلَدٍ أو بغيرِ ولدٍ ثُمّ قَذَفَها هو أو غيرُه يجبُ الحدُّ لأنّ اللِّعانَ لا يُحقِّقُ الزِّنا والولدُ بلا أبٍ مع الإكذاب لا يكونُ عَلامةَ الزِّنا فتكونُ عِفّتُها قائمةً فيُحَدُّ قاذِفُها واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

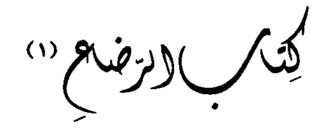
* * *

(١) ليست في المخطوط .



كتاب الرضاع





قد ذَكَرْنا في (كِتاب النِّكاحِ) أنّ المُحَرّماتِ نِكاحًا على التّأبيدِ أنواعٌ ثلاثةٌ: مُحَرّماتٌ بالقرابةِ، ومُحَرّماتٌ بالصِّهْريّةِ، ومُحَرّماتٌ بالرّضاعِ وقد بيّنّا المُحَرّماتِ بالقرابةِ والصِّهْريّةِ في كِتاب النِّكاحِ وهذا الكِتابُ وُضِعَ لبيانِ المُحَرّماتِ بالرّضاعِ والكلامُ في هذا الكِتاب يقعُ في ثلاثةِ مواضِعَ:

أحدُها: في بيانِ المُحَرّماتِ بالرّضاعِ.

والثّاني: في بيانِ صِفةِ الرّضاعِ المُحَرِّمِ.

والثّالِثُ: في بيانِ ما يَثْبُتُ به الرّضاعُ.

[فصْلٌ في المحرمات من الرضاع]

أمّا الأوّلُ: فالأصلُ أنّ كُلّ مَنْ يَحْرُمُ بسبب القرابةِ من الفِرَقِ السّبْعِ الذينَ ذَكَرَهم اللّه عَزّ وجَلّ في كِتابه الكريمِ نصًّا أو دَلالةً على ما ذَكَرْنا في كِتاب النِّكاحِ؛ يَحْرُمُ بسبب الرّضاعةِ إلاّ أنّ الحُرْمةَ في جانِب المُرْضِعةِ مُتّفَقٌ عليها، وفي جانِب زوجِ المُرْضِعةِ مُخْتَلَفٌ فيها.

أمّا تَفْسيرُ الحُرْمةِ في جانِب المُرْضِعةِ فهو أنّ المُرْضِعةَ تَحْرُمُ على المُرْضَعِ؛ لأنّها صارتْ أُمًّا له بالرّضاعِ فتَحْرُمُ عليه لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء:٢٣] معطوفًا على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ﴾ [النساء:٢٣] فسَمّى سبحانه وتعالى المُرْضِعةَ أُمّ المُرْضَعِ وحَرّمَها عليه، وكذا بَناتُها يَحْرُمْنَ عليه سَواءٌ كُنّ من صاحِب اللّبَنِ أو من غيرِ صاحِب اللّبَنِ مَنْ تَقَدّمَ منهُنّ ومَنْ تَأخّرَ؛ لأنّهنّ أخواتُه من الرّضاعةِ وقد قال اللّه عَزّ وجَلّ: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء:٢٣] [٢/ ١٣١أ] أثْبَتَ اللّه تعالى

---

(١) الرضاع - بكسر الراء وفتحها - في اللغة: مصدر رضع أمه يرضعها بالكسر والفتح رضعًا ورضاعًا ورضاعة أي امتص ثديها أو ضرعها وشرب لبنه. وأرضعت ولدها فهي مرضع ومرضعة، وهو رضيع.
والرضاع في الشرع: اسم لوصول لبن امرأة أو ما حصل من لبنها في جوف طفل بشروط. انظر الموسوعة الفقهية (٢٢/ ٢٣٨).

الأُخوّةَ بين بَناتِ المُرْضِعةِ وبين المُرْضَعِ والحُرْمةَ بينهما مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين أُخْتٍ وأُخْتٍ، وكذا بَناتُ بَناتِها وبَناتُ أبنائها وإنْ سَفَلْنَ؛ لأنّهُنّ بَناتُ أخِ المُرْضَعِ وأُخْتُه من الرّضاعةِ، وهُنّ يَحْرُمْنَ من النّسَب كذا من الرّضاعةِ.

ولو أرضَعَتِ امرأةٌ صَغيرَيْنِ من أولادِ الأجانِب صارا أخَوَيْنِ لكَوْنِهما من أولادِ المُرْضِعةِ فلا يجوزُ المُناكَحةُ بينهما إذا كان أحدُهما أُنثى، والأصلُ في ذلك أنّ كُلّ اثنَيْنِ اجتَمَعا على ثَدْيٍ واحدٍ صارا أخَوَيْنِ أو أُخْتَيْنِ أو أخًا وأُخْتًا من الرّضاعةِ فلا يجوزُ لأحدِهما أنْ يَتزوّجَ بالآخَرِ ولا بوَلَدِه كما في النّسَب، وأُمّهاتُ المُرْضِعةِ يَحْرُمْنَ على المُرْضَعِ؛ لأنّهُنّ جَدّاتُه من قِبَلِ أُمّه من الرّضاعةِ وآباءُ المُرْضِعةِ أجدادُ المُرْضَعِ من الرّضاعةِ فيَحْرُمُ عليهم كما في النّسَب . وأخَواتُ المُرْضِعةِ يَحْرُمْنَ على المُرْضَعِ؛ لأنّهُنّ خالاتُه من الرّضاعةِ وإخوَتُها أخوالُ المُرْضَعِ فيَحْرُمُ عليهم كما في النّسَب فأمّا بَناتُ إخوةِ المُرْضِعةِ وأخَواتُها فلا يَحْرُمْنَ على المُرْضَعِ؛ لأنّهُنّ بَناتُ أخوالِه وخالاتِه من الرّضاعةِ وأنّهُنّ لا يَحْرُمْنَ من النّسَب فكذا من الرّضاعةِ وتَحْرُمُ المُرْضِعةُ على أبناءِ المُرْضَعِ وأبناءِ أبنائه وإنْ سَفَلوا كما في النّسَب هذا تَفْسيرُ الحُرْمةِ في جانِب المُرْضِعةِ.

والأصلُ في هذه الجملةِ قولُ النّبيِّ ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[1] فيجبُ العمَلُ بعُمومِه إلاّ ما خُصّ بدَليلٍ.

وَأمّا الحُرْمةُ في جانِب زوجِ المُرْضِعةِ التي نزل لها منه لبنٌ فثَبَتَتْ عندَ عامّةِ العلماءِ وعامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم.

ورُوِيَ عن رافِعِ بنِ خَديجٍ رضي الله عنه أنّه قال: لا تَثْبُتُ وهو قولُ سَعيدِ بنِ المُسَيِّب وعَطاءِ بنِ يَسارٍ وبِشْرٍ المريسيِّ ومالِكٍ وهي المسألةُ المُلَقّبةُ [عندَ الفقهاءِ][2] بلبنِ الفحْلِ أنّه هل يُحَرِّمُ أو لا؟ وتَفسيرُ تَحريمِ لبنِ الفحْلِ أنّ المُرْضَعةَ تَحْرُمُ على زوجِ المُرْضِعةِ؛ لأنّها بنتُه من الرّضاعِ وكذا على أبنائه الذينَ من غيرِ المُرْضِعةِ؛ لأنّهم إخوَتُها لأبٍ من

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت، حديث (٢٦٤٥)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، حديث (١٤٤٧)، والنسائي، حديث (٣٣٠٦)، وابن ماجه، حديث (١٩٣٨) من حديث ابن عباس.

(٢) ليست في المخطوط.

الرّضاعةِ وكذا على أبناءِ أبنائه وأبناءِ بَناتِه من غيرِ المُرْضِعةِ؛ لأنّهم أبناءُ إخوةِ المُرْضِعةِ وأخَواتُها لأبٍ من الرّضاعةِ .

وعلى هذا إذا كان لرجلٍ امرأتانِ فحَمَلَتا منه وأرضَعَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما صَغيرًا أجنَبيًّا؛ فقد صارا أخَوَيْنِ لأبٍ من الرّضاعةِ، فإنْ كان أحدُهما أُنْثَى فلا يجوزُ النِّكاحُ بينهما؛ لأنّ الزّوجَ أخوها لأبيها من الرّضاعةِ، وإنْ كانا أُنْثَيَيْنِ لا يجوزُ لرجلٍ أنْ يَجْمع بينهما؛ لأنّهما أُخْتانِ لأبٍ من الرّضاعةِ وتَحْرُمُ على آباءِ زوجِ المُرْضِعةِ؛ لأنّهم أجدادُها من قِبَلِ الأب من الرّضاعةِ وكذا على إخوَتِه؛ لأنّهم أعمامُها من الرّضاعةِ وأخَواتُه عَمّاتُ المُرْضَعِ فيَحْرُمْنَ عليه .

وأمّا أولادُ إخوَتِه وأخَواتِه فلا تَحْرُمُ المُناكَحةُ بينهم؛ لأنّهم أولادُ الأعمامِ والعمّاتِ ويجوزُ النّكاحُ بينهم في النّسَب فيجوزُ في الرّضاعِ .

هذا تَفْسيرُ لبنِ الفحْلِ: احتَجّ مَنْ قال: إنّه لا يُحَرِّمُ بأنّ اللّهَ عَزّ وجَلّ بيّنَ الحُرْمةَ في جانِب المُرْضِعةِ ولم يُبيِّنْ في جانِب الزّوجِ بقولِه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء :٢٣] ولو كانتِ الحُرْمةُ ثابتةً في جانِبه؛ لَبيّنَها كما بيّنَ في النّسَب بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ﴾ [النساء :٢٣] ولأنّ المُحَرِّمَ هو الإرضاعُ وإنّه وُجِدَ منها لا منه فصارتْ بنتًا لها لا له .

والدّليلُ عليه: أنّه لو نزل للزّوجِ لبنٌ فارْتَضَعَتْ منه صَغيرةٌ؛ لم تَحْرُم عليه فإذا لم تَثْبُتِ الحُرْمةُ بلبنِه فكَيْف تَثْبُتُ بلبنِ غيرِه؟ .

ولنا: الحديثُ المشْهورُ وهو قولُ النّبيِّ ﷺ: «يَحرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِنَ النَّسَبِ» [١] ورُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها قالت: جاءَ عَمّي من الرّضاعةِ فاستَأذَنَ عَلَيّ فأبيتُ أنْ آذَنَ له حتّى أستَأذِنَ [٢] رسول اللّه ﷺ فسَألته [عن ذلك] [٣] فقال ﷺ: «(إنّما هُوَ) [٤] عَمُّكِ فَأذَني لَهُ» فقُلْت يا رسول اللّه إنّما أرضَعَتْني المرأةُ ولم يُرْضِعْني الرّجُلُ فقال رسولُ اللّه ﷺ: «إنّهُ عَمُّك فَلْيَلِجْ عَلَيْك» قالت عائشةُ رضي الله عنها: و[كان] [٥] ذلك بعدَ أنْ ضُرِبَ

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «أسأل».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أنه».
(٥) ليست في المخطوط.

علينا الحِجابُ [١] أي: بعدَ [ما] [٢] أمرِ اللّه عَزّ وجَلّ النِّساءَ بالحِجاب [٣] عن الأجانِب، وقيلَ: كان الدّاخِلُ عليها [٤] أفْلَحَ أخا أبي القُعَيْسِ وكانتِ امرأةُ أبي القُعَيْسِ أرضَعَتْها.

وعن عَمْرةَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها أخبَرَتْها أنّ رسول اللّه ﷺ كان عندَها وأنّها سَمِعَتْ صَوْتَ رجلٍ يَسْتَأذِنُ في بيتِ حَفْصةَ.

قالت عائشةُ: فقُلْت يا رسول اللّه هذا رجلٌ يَسْتَأذِنُ في بيتِك فقال: «أُرَاهُ فُلَانًا - لِعَمّ حَفصَةَ مِنَ الرَّضَاعَةِ -» فقُلْت: يا رسول اللّه لو كان فُلانًا حَيًّا - لِعَمّي من الرّضاعةِ - أكان يدخلُ عَلَيّ؟ فقال: «نَعَمْ إنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ» [٥].

وعن عَلِيٍّ رضي الله عنه أنّه قال: لا تَنْكِحْ مَنْ أرضَعَتْه امرأةُ أبيك ولا امرأةُ أخيك ولا امرأةُ ابنِك [٦].

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه سُئِلَ عن رجلٍ له امرأتانِ أو جاريةٌ وامرأةٌ فأرضَعَتْ هذه غُلامًا وهذه جاريةً: هل يصْلُحُ للغُلامِ أنْ يَتزوّجَ الجاريةَ؟ فقال رضي الله عنه: لا اللِّقاحُ واحدٌ [٧]. بيّنَ الحُكمَ وأشارَ إلى المعنى وهو اتّحادُ اللِّقاحِ؛ ولأنّ المُحَرِّمَ هو اللّبَنُ وسببُ اللّبَنِ هو ماءُ الرّجُلِ والمرأةِ جميعًا فيجبُ أنْ يكونَ الرّضاعُ منهما [جميعًا] [٨] كما كان الولدُ لهما جميعًا.

وأمّا قولُهم: إنّ اللّهَ تعالى بيّنَ الحُرْمةَ في جانِبِ المُرْضِعةِ لا في جانِبِ زوجِها فنقولُ:

---

(١) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع، حديث (٥٢٣٩)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، حديث (١٤٤٥)، وأبو داود، حديث (٢٠٥٥)، والترمذي، حديث (١١٤٨)، والنسائي، حديث (٣٣٠١)، وابن ماجه، حديث (١٩٤٩)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ١٠٦)، حديث (٤٣٧٥).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بالاحتجاب».

(٤) في المطبوع: «عليك».

(٥) رواه البخاري، كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت، حديث (٢٦٤٦)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، حديث (١٤٤٤)، والنسائي، حديث (٣٣١٣).

(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣/ ٥٤٩)، حديث (١٧٠٤٤)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٥٣).

(٧) رواه سعيد بن منصور في سننه ص (٢٧٦)، حديث (٩٦٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ١٧)، حديث (١٧٣٤٨).

(٨) ليست في المخطوط.

إنْ لم يُبيِّنْها نصًّا فقد بيّنَها دَلالةً؛ وهذا لأنّ البيانَ من اللّه تعالى بطريقَيْنِ: بيانُ إحاطةٍ وبيانُ كِفايةٍ، فبيّنَ في النّسَب بيانَ إحاطةٍ وبيّنَ في الرّضاعِ بيانَ كِفايةٍ تَسْليطًا للمُجْتَهِدينَ على الاجتِهادِ والاستِدْلالِ بالمنصوصِ عليه على غيرِه وهو أنّ الحُرْمةَ في جانِب المُرْضِعةِ لمَكانِ اللّبَنِ وسببُ حُصولِ اللّبَنِ ونُزولِه هو ماؤُهما جميعًا؛ فكان الرّضاعُ منهما جميعًا؛ وهذا لأنّ اللّبَنَ إنّما يوجِبُ الحُرْمةَ لأجلِ الجزئيّةِ والبعضيّةِ؛ لأنّه يُنْبِتُ اللّحمَ ويُنْشِرُ العظْمَ على ما نَطَقَ به الحديثُ، ولمّا كان سببُ حُصولِ اللّبَنِ ونُزولِه ماءَهما جميعًا، وبارْتِضاعِ اللّبَنِ تَثْبُتُ الجزئيّةُ بواسِطةِ نَباتِ اللّحمِ؛ يُقامُ سببُ الجزئيّةِ مقامَ حقيقةِ الجزئيّةِ في باب الحُرُماتِ احتياطًا والسّببُ يُقامُ مقامَ المُسَبّب خُصوصًا في باب الحُرُماتِ أيضًا .

ألا تَرَى أنّ المرأةَ تَحْرُمُ على جَدِّها كما تَحْرُمُ على أبيها، وإنْ لم يكنْ تَحْريمُها على جَدِّها مَنْصوصًا عليه في الكِتاب [العزيزِ] [(١)]، لكنْ لَمّا كان مُبيّنًا بيانَ كِفايةٍ وهو أنّ البنتَ وإنْ وجدت [(٢)] من ماءِ الأب حقيقةً دونَ ماءِ الجدِّ لكنّ الجدّ سببُ ماءِ الأب أُقيمَ السّبَبُ مقامَ المُسَبّب في حقِّ الحُرْمةِ احتياطًا كذا ههنا .

والدّليلُ عليه: أنّه لَمّا لم يَذْكرِ البناتِ من الرّضاعةِ نصًّا؛ لم يَذْكُرْ بَناتِ الإخوةِ والأخَواتِ من الرّضاعةِ نصًّا، وإنّما ذَكَرَ الأخَواتِ ثُمّ ذَكَرَ لبَناتِ الإخوةِ والأخَواتِ دَلالةً حتّى حُرِّمْنَ بالإجماعِ كذا ههنا، على أنّه إنْ لم يُبيِّنْ بوَحْيٍ مَتْلوٍّ فقد بيّنَ بوَحْيٍ غيرِ مَتْلوٍّ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ بقولِه: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» [(٣)] وقد خرج الجوابُ عن قولِهم [(٤)]: إنّ الإرضاعَ وُجِدَ منها لما ذَكَرْنا أنّه وُجِدَ منهما لأنّ سببَ حُصولِ اللّبَنِ ماؤُهما جميعًا فكان الإرضاعُ منهما جميعًا .

وَأمّا الزّوجُ إذا نزل له لبنٌ فارْتَضَعَتْ به صَغيرةٌ فذاكَ لا يُسَمّى رَضاعًا عُرْفًا وعادةً، ومعنى الرّضاعِ أيضًا لا يَحْصُلُ به وهو اكتِفاءُ الصّغيرِ به في الغِذاءِ؛ لأنّه لا يُغْنيه من جوعٍ فصار كلبنِ الشّاةِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

ثُمّ إنّما تَثْبُتُ الحُرْمةُ من [(٥)] جانِب الزّوجِ إذا كان لها زوجٌ، فأمّا إذا لم يكنْ لها زوجٌ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «حدثت».
(٣) سبق تخريجه قريبًا.
(٤) في المخطوط: «قوله».
(٥) في المخطوط: «في».

بأنْ ولدَتْ من الزّنا فنزل لها لبنٌ فأرضَعَتْ به صَبيًّا فالرّضاعُ يكونُ منها خاصّةً لا من الزّاني؛ لأنّ نَسبه يَثْبُتُ منها لا من الزّاني.

والأصلُ: أنّ كُلّ مَنْ يَثْبُتُ منه النّسَبُ يَثْبُتُ منه الرّضاعُ ومَنْ لا يَثْبُتُ منه النّسَبُ لا يَثْبُتُ منه الرّضاعُ، وكذا البكرُ إذا نزل لها لبنٌ وهي لم تَتزوّجْ قَطُّ؛ فالرّضاعُ يكونُ منها خاصّةً واللّه الموَفِّقُ.

وَكذا كُلُّ مَنْ يَحْرُمُ بسبب المُصاهَرةِ من الفِرَقِ الأربعِ الذينَ وصَفْناهم في كِتاب النّكاحِ - يَحْرُمُ بسبب الرّضاعِ فيَحْرُمُ على الرّجُلِ أُمُّ زوجَتِه وبنتُها من زوجٍ آخَرَ من الرّضاعِ كما في النّسَب إلاّ أنّ الأمّ تَحْرُمُ بنفسِ العقدِ على البنتِ إذا كان صَحيحًا، والبنتُ لا تَحْرُمُ إلاّ بالدُّخولِ بالأُمِّ كما في النّسَب وكذا جَدّاتُ زوجَتِه من أبيها وأُمّها وإنْ عَلونَ أوبَناتِ بَناتِها وبَناتِ أبنائها وإنْ سَفَلْنَ من الرّضاعِ كما في النّسَب، وكذا تَحْرُمُ حَليلةُ ابنِ الرّضاعِ وابنِ ابنِ الرّضاعِ وإنْ سَفَلَ على أب الرّضاعِ وأب أبيه وإنْ عَلا [كما في النّسَب][1]، وتَحْرُمُ مَنْكوحةُ أَب الرّضاعِ وأب أبيه وإنْ عَلا على ابنِ الرّضاعِ وابنِ ابنِه وإنْ سَفَلَ كما في النّسَب، وكذا يَحْرُمُ بالوطْءِ أُمُّ الموطوءةِ وبنتُها من الرّضاعِ على الواطِئِ.

وكذا جَدّاتُها وبَناتُ بَناتِها كما في النّسَب وتَحْرُمُ الموطوءةُ على أبِ الواطِئِ وابنِه من الرّضاعِ.

وكذا على أجدادِه وإنْ عَلوا، وعلى أبناءِ أبنائه وإنْ سَفَلوا كما في النّسَب سَواءٌ كان الوطْءُ حَلالاً بأنْ كان بملكِ اليمينِ أو [كان][2] الوطْءُ بنِكاحٍ فاسِدٍ أو شُبْهةِ نِكاحٍ، أو كان بزِنًا عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ: الزِّنا لا يوجِبُ حُرْمةَ المُصاهَرةِ فلا يوجِبُ حُرْمةَ الرّضاعِ[3] والمسألةُ قد مَرّتْ في (كِتاب النّكاحِ).

ثُمّ قولُ النّبيِّ ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» مُجْرَى على عُمومِه إلاّ في مسأَلَتَيْنِ:

إحداهما: أنّه لا يجوزُ للرّجُلِ أنْ يَتزوّجَ بأُخْتِ ابنِه من النّسَب لأُمِّه، وهو أنْ يكونَ لابنِه

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) زيادة من الخطوط.

(٣) تقدمت مصادر هذه المسألة في كتاب النكاح.

[أُخْتٌ لأمِّه من النّسَب من زوجٍ آخَرَ كان لها، ويجوزُ له أنْ يَتزوّجَ أُخْتَ ابنِه من الرّضاعِ وهو أنْ يكونَ لابنِه] [(١)] من الرّضاعِ أُختٌ من النّسَب لم تُرْضِعْها امرأتُه؛ لأنّ المانِعَ من الجوازِ في النّسَب كونُ أُمِّ الأُخْتِ [(٢)] موطوءةَ الزوج؛ لأنّ أُمّها [٢/ ١٣١ب] إذا كانت موطوءةً؛ كانت هي بنتَ الموطوءةِ، وإنّها حَرامٌ، وهذا لم يوجدْ في الرّضاعِ، ولو وُجِدَ؛ لا يجوزُ كما لا يجوزُ في النّسَب .

والثّانية: أنّه لا يجوزُ للرّجُلِ أنْ يَتزوّجَ أمّ أُخْتِه من النّسَب لأبيه وهو أنْ يكونَ له أُخْتٌ من أبيه من النّسَب لا من أُمّه؛ لا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ أمّ هذه الأُخْتِ ويجوزُ له أنْ يَتزوّجَ أُمّ أُخْتِه من الرّضاعِ، وهو أنْ يكونَ له أُخْتٌ من الرّضاعةِ فيَتزوّجَ أُمّها من النّسَب: لأنّ المانِعَ في النّسَب كونُ المُتزوِّجةِ موطوءةَ أبيه، وهذا لم يوجدْ في الرّضاعِ حتّى لو وُجِدَ لا يجوزُ كما في النّسَب .

وَيجوزُ للرّجُلِ أنْ يَتزوّجَ أُخْتَ أخيه لأبيه من النّسَب وصورَتُه مَنْكوحةُ أبيه إذا ولدَتِ ابنًا ولها بنتٌ من زوجٍ آخَرَ؛ فهي أُخْتُ أخيه لأبيه فيجوزُ له أنْ يَتزوّجَها، وكذا يجوزُ للرّجُلِ أنْ يَتزوّجَ أُخْتَ أُخْتِه من الرّضاعِ وهذا ظاهرٌ، ويجوزُ لزوجِ المُرْضِعةِ أنْ يَتزوّجَ أُمّ المُرْضَعِ من النّسَب؛ لأنّ المُرْضَعَ ابنُه، ويجوزُ للإنسانِ أنْ يَتزوّجَ أُمّ ابنِه من النّسَب .

وكذا أبُ المُرْضَعِ من النّسَب يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ المُرْضِعةَ؛ لأنّها أُمُّ ابنِه من الرّضاعِ فهي كأُمِّ ابنِه من النّسَب، وكذا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ بمَحارِمِ أبي الصّبيِّ من الرّضاعةِ أوِ النّسَب كما يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ بأُمِّه، واللّه عزّ وجلّ أعلَمُ .

فَصْلٌ [في صفة الرضاع المحرم]

وأمّا صِفةُ الرّضاعِ المُحَرِّم فالرّضاعُ المُحَرِّمُ ما يكونُ في حالِ الصِّغَرِ فأمّا ما يكونُ في حالِ الكِبَرِ فلا يُحَرِّمُ عندَ عامّةِ العلماءِ وعامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم إلاّ ما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّه يُحَرِّمُ في الصِّغَرِ والكِبَرِ جميعًا واحتَجّتْ بظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء:٢٣] من غيرِ فصلٍ بين حالِ الصِّغَرِ والكِبَرِ .

ورُوِيَ أنّ أبا حُذَيْفةَ تَبَنّى سالِمًا وكان يدخلُ على امرأتِه سَهْلةَ بنتِ سُهَيْلٍ فلَمّا نزلتْ آيةُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «البنت».

الحِجاب أَتَتْ سَهْلَةُ إلى رسولِ اللّه ﷺ وقالت: يا رسول اللّه قد كُنّا نَرَى سالِمًا ولدًا وكان يدخلُ عَلَيّ وليس لَنا إلاّ بيتٌ واحدٌ فماذا تَرَى في شَأنِهِ؟ فقال لها رسولُ اللّه ﷺ: «أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ ثُمَّ يَدْخُلُ عَلَيْكِ» [(١)] وكان سالِمًا كبيرًا فدَلّ أنّ الرّضاعَ في حالِ الصِّغَرِ والكِبَرِ مُحَرِّمٌ وقد عَمِلَتْ عائشةُ رضي الله عنها بهذا الحديثِ بعدَ وفاةِ النّبيِّ ﷺ حتّى رُوِيَ عنها أنّها كانت إذا أرادَتْ أنْ يدخلَ عليها أحدٌ من الرِّجالِ أمرتْ أُخْتَها أُمّ كُلْثومِ بنتِ أبي بَكرٍ رضي الله عنهم وبَناتِ أخيها عبدِ الرّحمَنِ بنِ أبي بَكرٍ الصِّدّيقِ رضي الله عنه أنْ يُرْضِعْنَه [(٢)] فدَلّ عَمَلُها بالحديثِ بعدَ موتِ [(٣)] النّبيِّ ﷺ على أنّه غيرُ مَنْسوخٍ.

ولنا: ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ دخلَ يومًا على عائشةَ رضي الله عنها فوَجَدَ عندَها رجلاً فتغَيّرَ وجه رسولِ اللّه ﷺ فقال: «مَنْ هَذَا [الرَّجُلُ] [(٤)]؟» فقالت عائشةُ: هذا عَمّي من الرّضاعةِ فقال رسولُ اللّه ﷺ: «انْظُرْنَ مَا [أَخَوَاتُكُمْ مِنَ] [(٥)] الرَّضَاعَةِ إنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ» [(٦)] أشارَ ﷺ إلى أنّ الرّضاعَ في الصِّغَرِ هو المُحَرِّمُ؛ إذْ هو الذي يَدْفَعُ الجوعَ فأمّا جوعُ الكبيرِ فلا يَنْدَفِعُ بالرّضاعِ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وأنشر [(٧)] الْعَظْمَ» [(٨)] وذلك هو

---

(١) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: فيمن حَرَّمَ به [أي: برضاعة الكبير]، حديث (٢٠٦١) فقال لها النبي ﷺ: «أرضعيه، فأرضعته خمس رضعات...» والشافعي في مسنده ص (٣٠٧)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ٢٨)، أما رواية: «أرضعيه عشر رضعات...» فروى مالك في الموطأ، كتاب: الرضاع، باب: رضاعة الصغير، برقم (١٢٨٣)، من طريق نافع أن سالم بن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يَرْضَع إلى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق فقالت: أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل عليّ، قال سالم: فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعني غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات.

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) في المخطوط: «وفاة».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: من قال لا رضاع بعد حولين، حديث (٥١٢)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: إنما الرضاعة من المجاعة، حديث (١٤٥٥)، وأبو داود، حديث (٢٠٥٨)، والنسائي، حديث (٣٣١٢)، وابن ماجه، حديث (١٩٤٥)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ١٢٣)، حديث (٤٤٣٥)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٦٠)، والطيالسي في مسنده، ص (٢٠٠)، حديث (١٤١٢).

(٧) في المطبوع: «وأنْشَزَ».

(٨) رواه أحمد في مسنده، برقم (٤١٠٣)، وسعيد بن منصور في سننه (١/ ٢٨٢، ٢٨٣)، حديث (٩٨٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٤٨).

رَضاعُ الصّغيرِ دونَ الكبيرِ؛ لأنّ إرضاعَه [١] لا يُنْبتُ اللّحمَ ولا ينشر [٢] العظْمَ.

ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «الرَّضَاعُ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ» [٣] ورَضاعُ الصّغيرِ هو الذي يَفْتُقُ الأمعاءَ، لا رَضاعُ الكبيرِ؛ لأنّ أمعاءَ الصّغيرِ تكونُ ضَيِّقةً لا يَفْتُقُها إلاّ اللّبَنُ؛ لكَوْنِه من ألطَفِ الأغْذيةِ كما وصَفَه اللّه تعالى في كِتابه الكريم بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿لَّبَنًا خَالِصًا سَآئِغًا لِّلشَّٰرِبِينَ﴾ [النحل:٦٦] فأمّا أمعاءُ الكبيرِ فمُنْفَتِقةٌ لا تحتاجُ إلى الفتْقِ باللّبَنِ، ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ [٤]» [٥].

ورُوِيَ أنّ رجلاً من أهلِ الباديةِ ولدَتِ امرأتُه ولدًا فمات ولدُها فورِمَ ثَدْيُ المرأةِ فجعل الرّجُلُ يمُصُّه ويمُجُّه فدخلَتْ جَرْعةٌ منه حَلْقَه فسَألَ عنه أبا موسَى الأشعَريّ رضي الله عنه قال: قد حُرِّمَتْ عليكَ ثُمّ جاءَ إلى عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه فسَألَه فقال [عبد الله بن مسعود] [٦]: هل سَألت أحدًا قبلي؟ فقال: نَعَم، سَألت أبا موسَى الأشعَريّ؛ فقال: حُرِّمَتْ عليك فجاءَ ابنُ مسعودٍ أبا موسَى الأشعَريّ رضي الله عنهما فقال له: أما عَلِمْت أنّه إنّما (يَحْرُمُ من الرّضاعِ ما أنْبَتَ اللّحمَ) [٧]؟ فقال أبو موسَى: لا تَسْألوني عن شيءٍ ما دامَ هذا الخبْرُ بين أظْهُرِكُم.

وعن عبدِ اللّه بنِ عُمَرَ أنّ رجلاً جاءَ إلى عُمَرَ رضي الله عنه فقال: كانت لي وليدةٌ

---

(١) في المخطوط: «رضاعه». (٢) في المطبوع: «يُنْشِزُ» وكلاهما صواب.

(٣) صحيح: رواه الترمذي، كتاب الرضاع، باب: ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر، حديث (١١٥٢)، عن أم سلمة رضي الله عنها، ورواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: لا رضاع بعد فصال، حديث (١٩٤٦)، عن ابن الزبير رضي الله عنهما، وابن حبان في صحيحه (٣٧٨٠)، حديث (٤٢٢٤)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٢٨٩)، حديث (٧٥١٧)، عن أم سلمة رضي الله عنها، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع (٧٦٣٣)، والإرواء (٢١٥٠).

(٤) في المخطوط: «الفصال».

(٥) رواه الضياء في المختارة (٢/ ٣٠٤)، حديث (٦٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٦١)، والطبراني في الصغير (٢/ ١٥٨)، حديث (٩٥٢٣)، والخطيب في تاريخ بغداد (٥/ ٢٩٩)، حديث (٢٨٠٢)، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وكذا رواه الطيالسي في مسنده، ص (٢٤٣)، حديث (١٧٦٧)، وابن عدي في الكامل (٢/ ٤٤٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣١٩)، حديث (١٤٦٥٧)، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وانظر نصب الراية (٣/ ٢١٩).

(٦) زيادة من المخطوط.

(٧) في المخطوط: «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم».

أطَؤُها فعَمَدَتِ امرأتي إليها فأرضَعَتْها فدخلت عليها، فقالت: دونَكَ (فقد والله)[1] أرضَعْتها فقال عُمَرُ رضي الله عنه: واقعْها فهي جاريَتُك فإنّما الرّضاعةُ عندَ الصِّغَرِ، وبهذا [٢/ ١٣٢ب] تَبيّنَ أنْ ليس المُرادُ من الآيةِ الكريمةِ رَضاعةَ الكبيرِ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ فسّرَ الرّضاعَ المُحَرِّمَ بكَوْنِه دافِعًا للجوعِ مُنْبتًا للّحمِ مُنْشِرًا للعَظْمِ فاتِقًا للأمعاءِ، وهذا وصفُ رَضاعِ الصّغيرِ لا الكبيرِ؛ فصارتِ السُّنّةُ مُبيِّنةً لما في الكِتاب أصلُه.

وأمّا حَديثُ سالِمٍ فالجوابُ عن التّعَلُّقِ به من وجهَيْنِ:

أحدُهما: يحتملُ أنّه كان مَخصوصًا بذلك يَدُلُّ عليه ما رُوِيَ أنّ سائرَ أزْواجِ رسولِ اللّه ﷺ أبين أنْ يدخلَ عليهِنّ [بالرّضاعِ][2] في حالِ الكِبَرِ أحدٌ من الرِّجالِ وقُلْنَ: ما نَرى الذي أمر به رسولُ اللّه ﷺ سَهْلةَ بنتَ سُهَيْلٍ إلاّ رُخصةً في سالِمٍ وحْدَه فهذا يَدُلُّ على أنّ سالِمًا كان مَخْصوصًا بذلك، وما كان من خُصوصيّةِ بعضِ النّاسِ لمعنًى لا نَعْقِلُه لا يحتملُ القياسَ، ولا نَتْرُكُ به الأصلَ المُقَرّرَ في الشّرعِ.

والثّاني: أنّ رَضاعَ الكبيرِ كان مُحَرِّمًا ثُمّ صار مَنسوخًا بما رَوَيْنا من الأخبارِ، وأمّا عَمَلُ عائشةَ رضي الله عنها فقد رُوِيَ عنها ما يَدُلُّ على رُجوعِها فإنّه رُوِيَ عنها أنّها قالت: لا يُحَرِّمُ من الرّضاعِ إلاّ ما أنْبَتَ اللّحمَ والدّمَ. ورُوِيَ أنّها كانت تَأمُرُ بنتَ أخيها عبدِ الرّحمَنِ بنِ أبي بَكرٍ رضي الله عنهما أنْ تُرْضِعَ الصِّبْيانَ حتّى يدخلوا عليها إذا صاروا رِجالاً على أنّ عَمَلَها مُعارَضٌ بعَمَلِ سائرِ أزْواجِ النّبيِّ ﷺ فإنّهُنّ كُنّ لا يَرَيْنَ أنْ يدخلنَ عليهِنّ بتلك الرّضاعةِ أحدٌ من الرِّجالِ؛ والمُعارَضُ لا يكونُ حُجّةً.

وَإذا ثَبَتَ أنّ رَضاعَ الكبيرِ لا يُحَرِّمُ ورَضاعَ الصّغيرِ مُحَرِّمٌ فلا بُدّ من بيانِ الحدِّ الفاصِلِ بين الصّغيرِ والكبيرِ في حُكمِ الرّضاعِ وهو بيانُ مُدّةِ الرّضاعِ المُحَرِّمِ.

وقد اختُلِفَ فيه قال أبو حنيفةَ: ثلاثونَ شهرًا ولا يُحَرِّمُ بعدَ ذلك سَواءٌ فُطِمَ أو لم يُفْطَم[3].

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ - رَحِمَهما اللّه تعالى -: حَوْلانِ لا يُحَرِّمُ بعدَ ذلك فُطِمَ أو لم

---

(١) في المطبوع: «مقدور الله». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (٢٢٠)، المبسوط (٥/ ١٣٦، ١٣٧)، رءوس المسائل ص (٤٤٤)، شرح فتح القدير (٣/ ٤٤١)، البناية (٤/ ٨١٠)، حاشية رد المحتار مع الدر المختار (٣/ ٢٠٩).

يُفْطَم، وهو قولُ الشّافعيِّ [(١)].

وقال زُفَرُ: ثلاثةُ أحْوالٍ.

وقال بعضُهم: خمسَ عشرةَ سَنةً.

وقال بعضُهم: أربعونَ سَنةً.

احتَجَّ أبو يوسُفَ ومحمّدٌ بقولِه: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة :٢٣٣] جعل اللّه تعالى الحوْلَيْنِ الكامِلَيْنِ تَمامَ مُدّةِ الرّضاع وليس وراءَ التّمام شيءٌ وبقولِه تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان :١٤] وقولِه عزّ وجَلّ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف :١٥] وأقَلُّ مُدّةِ الحمْلِ سِتّةُ أشهرٍ فبقيَ [(٢)] مُدّةُ الفِصالِ حَوْلَيْنِ. ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ» [(٣)] وهذا نصٌّ في الباب.

ولأبي حنيفةَ: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء :٢٣] أثْبَتَ الحُرْمةَ بالرّضاعِ [(٤)] مُطْلَقًا عن التّعرُّضِ لزَمانِ الإرضاعِ إلاّ أنّه أقامَ الدّليلُ على أنّ زَمانَ ما بعدَ الثّلاثينَ شهرًا ليس بمُرادٍ فيُعْمَلُ بإطلاقِه فيما وراءَه وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾ [البقرة :٢٣٣].

والاستِدْلالُ به من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه أثْبَتَ لهما إرادةَ الفِصالِ بعدَ الحوْلَيْنِ؛ لأنّ الفاءَ للتّعْقيب فيقتَضي بقاءَ الرّضاعِ بعدَ الحوْلَيْنِ ليتحقّقَ الفِصالُ بعدَهما.

---

(١) **مذهب الشافعية:** أنه لا أثر للرضاع في ثبوت الحرمة بعد الحولين، انظر: مختصر المزني ص (٢٢٧)، الحاوى الكبير (١٤/ ٤٢٧)، الوسيط (٦/ ١٨٢)، الوجيز (٢/ ١٠٥)، روضة الطالبين (٩/ ٧).

(٢) في المخطوط: «فيبقى».

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٧/ ٤٦٢)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٧٤)، حديث (١٠)، وقال: لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل، وهو ثقة حافظ، ورواه سعيد بن منصور (١/ ٢٨٠)، حديث (٩٧٩)، وانظر الدراية (٢/ ٦٨)، حديث (٥٦١)، والتلخيص الحبير (٤/ ٤)، حديث (١٦٥٤)، وقال: تفرد برفعه الهيثم بن جميل عن ابن عيينة وكان ثقة حافظًا. وقال ابن عدي: يعرف بالهيثم وغيره لا يرفعه، وكان يغلط، ورواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة فوقفه، وقال البيهقي: الصحيح موقوف... وانظر أيضًا خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٥٠)، والتحقيق في أحاديث الخلاف، (٢/ ٣٠٥)، ونصب الراية (٣/ ٢١٨).

(٤) في المخطوط: «بالإرضاع».

والثّاني: أنّه أثْبَتَ لهما إرادةَ الفِصالِ مُطْلَقًا عن الوقتِ، ولا يكونُ الفِصالُ إلاّ عن الرّضاعِ فدَلّ على بقاءِ حُكم الرّضاعِ في مُطْلَقِ الوقتِ إلى أنْ يقومَ الدّليلُ على التّقييدِ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ﴾ [البقرة:٢٣٣] أثْبَتَ لهما إرادةَ الاستِرْضاعِ مُطْلَقًا عن الوقتِ فمَنِ ادّعَى التّقْييدَ بالحوْلَيْنِ فعليه الدّليلُ ولأنّ الإرضاعَ إنّما يوجِبُ الحُرْمَةَ لكَوْنِه مُنْبِتًا للّحم مُنْشِزًا للعَظْمِ على ما نَطَقَ به الحديثُ، ومن المُحالِ عادةً أنْ يكونَ مُنْبِتًا [للّحم] (١) إلى الحوْلَيْنِ ثُمّ لا يَنْبُتُ بعدَ الحوْلَيْنِ بساعةٍ لَطيفةٍ؛ لأنّ اللّهَ تعالى ما أجرَى العادةَ بتَغْييرِ الغِذاءِ إلاّ فى (٢) مُدّةٍ مُعْتَبَرةٍ؛ ولأنّ المرأةَ قد تَلِدُ في البرْدِ الشّديدِ والحرِّ الشّديدِ فإذا تَمّ على الصّبيِّ سَنَتانِ؛ لا يجوزُ أنْ تُؤْمَرَ المرأةُ بفِطامِه؛ لأنّه يُخافُ منه الهَلاكُ على الولدِ؛ إذْ (لو لم يُعَوّدْ) (٣) بغيرِه من الطّعامِ؛ فلا بُدّ وأنْ تُؤْمَرَ بالرّضاعِ ومُحالٌ أنْ تُؤْمَرَ بالرّضاعِ ويُحَرّمُ عليها الرّضاعُ في وقتٍ واحدٍ فدَلّ أنّ الرّضاعَ بعدَ الحوْلَيْنِ يكونُ رَضاعًا إلاّ أنّ أبا حنيفةَ استَحْسَنَ في تقديرِه مُدّةَ إبْقاءِ حُكم الرّضاعِ بعدَ الحوْلَيْنِ بسِتّةِ أشهرٍ؛ لأنّه أقلُّ مُدّةِ تَغَيُّرِ الولدِ فإنّ الولدَ يَبْقَى في بَطْنِ أُمّه سِتّةَ أشهرٍ يتغَذّى بغِذائها ثُمّ يَنْفَصِلُ فيصيرُ أصلاً في الغِذاءِ وزُفَرُ اعتبَرَ بعدَ الحوْلَيْنِ سَنةً كامِلةً فقال: لَمّا ثَبَتَ حُكمُ الرّضاعِ في ابتِداءِ السّنةِ [الثّالِثةِ] (٤) - لما قاله أبو حنيفةَ - يَثْبُتُ في بقيّتِها؛ كالسّنةِ الأولى والثّانيةِ.

وأمّا الآيةُ الأولى ففيها أنّ الحوْلَيْنِ مُدّةُ الرّضاعِ في حقِّ مَنْ أرادَ تَمامَ الرّضاعةِ وهذا لا يَنْفي أنْ يكونَ الزّائدُ على الحوْلَيْنِ مُدّةَ الرّضاعِ في حقِّ مَنْ لم يُرِدْ أنْ يُتِمّ الرّضاعةَ [٢/ ١٣٣أ] مع ما أنّ ذِكرَ الشّيءِ بالتّمامِ لا يمْنَعُ من احتمالِ الزّيادةِ عليه. ألا تَرى إلى قولِه ﷺ: «مَنْ (أَدْرَكَ عَرَفَةَ) (٥) فَقَدْ تَمّ حَجُّهُ» (٦) وهذا لا يمْنَعُ زيادةَ الفرضِ عليه فإنّ طَوافَ الزّيارةِ من فُروضِ الحجِّ على أنّ في الآيةِ الكريمةِ أنّ الحوْلَيْنِ تَمامُ مُدّةِ الرّضاعِ لكنّها تَمامُ مُدّةِ الرّضاعِ في حقِّ الحُرْمةِ أو في حقِّ وجوبِ أجرِ الرّضاعِ على الأب فالنّصُّ لا يتعَرّضُ له.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «بعد».
(٣) في المخطوط: «لو لم يكن تعود».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وقف بعرفة».
(٦) أخرجه أبو داود، كتاب: المناسك، باب: من لم يدرك عرفة، برقم (١٩٥٠)، والترمذي، (٨٩١)، والنسائي، (٣٠٤١)، وابن ماجه (٣٠١٦)، من حديث عروة بن مضرس الطائي رضي الله عنه، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود.

وعندَهما: تَمامُ مُدّةِ الرّضاعِ في حقِّ وجوب الأجرِ على الأب حتّى إنّ الأُمّ المُطلّقةَ إذا طَلَبَتِ الأجرَ بعدَ الحوْلَيْنِ - ولا تُرْضِعُ بلا أجرٍ -؛ لم يُجْبَرِ الأبُ على أجرِ الرّضاعِ فيما زادَ على الحوْلَيْنِ أو تُحمَلُ الآيةُ على هذا تَوْفيقًا بين الدّلائلِ؛ لأنّ دَلائلَ اللّه عَزّ وجَلّ لا تَتَناقضُ.

وأمّا الآيةُ الثّانيةُ فالفِصالُ في عامَيْنِ لا يَنْفي الفِصالَ في أكثَرَ من عامَيْنِ كما لا يَنْفيه في أقَلّ من عامَيْنِ عن تَراضٍ منهما وتَشاوُرٍ فكان هذا استِدْلالاً بالمسكوتِ كقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣] الآيةَ أنّه لا يُمْنَعُ جوازُ الكِتابةِ إذا لم يعلم فيهم خَيْرًا.

وأمّا الآيةُ الثّالِثةُ فتحتَمِلُ ما ذَكَرْتُم أنّ المُرادَ من الحمْلِ هو الحمْلُ بالبطْنِ والفِصالُ هو الفِطامُ فيقتَضي أنْ تكونَ مُدّةُ الرّضاعِ سَنَتَيْنِ ومُدّةُ الحمْلِ سِتّةَ أشهرٍ كما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما وتحتَمِلُ أنْ يكونَ المُرادُ من الحمْلِ الحمْلَ باليدِ والحِجْرِ، فيقتَضي أنْ يكونَ الثّلاثونَ مُدّةَ الحمْلِ والفِصالِ جميعًا؛ لأنّه يُحمَلُ باليدِ والحِجْرِ في هذه المُدّةِ غالِبًا لا أنْ يكونَ بعضُ هذه المُدّةِ مُدّةَ الحمْلِ وبعضُها (مُدّةَ الفِصالِ) [١]؛ لأنّ إضافةَ السّنَتَيْنِ [٢] إلى الوقتِ لا تقتَضي قِسْمةَ الوقتِ عليهما بل تقتَضي أنْ يكونَ جميعُ ذلك الوقتِ مُدّةً لكُلٍّ واحدٍ منهما كقولِ القائلِ: صومُك وزَكاتُك في شهرِ رَمَضانَ. هذا لا يقتَضي قِسْمةَ الشّهرِ عليهما بل يقتَضي كونَ الشّهرِ كُلِّه وقتًا لكُلٍّ واحدٍ منهما فيقتَضي أنْ يكونَ الثّلاثونَ شهرًا مُدّةَ الرّضاعِ كما هو مذهبُ أبي حنيفة فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ. على أنّه إن وقَعَ التّعارُضُ بين (الآياتِ ظاهرًا) [٣] لكنْ ما تَلونا حاظِرٌ وما تَلوتُم مُبيحٌ والعمَلُ بالحاظِرِ أولى احتياطًا.

وأمّا الحديثُ فالمشهورُ: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ» [٤] ونحنُ نَقولُ بموجَبه فجائزٌ أنْ يكونَ أصلُ الحديثِ هذا وأنّ مَنْ ذَكَرَ الحوْلَيْنِ حَمَلَه على المعنى عندَه، ولو ثَبَتَ هذا اللّفْظُ فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ معناه الإرضاعَ على الأب بعدَ الحوْلَيْنِ أي في حقِّ وجوب الأجرِ عليه على ما ذَكَرْنا من تَأويلِ الآيةِ أو يُحمَلُ على هذا عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها واللّه الموَفِّقُ.

---

(١) في المخطوط: «للفصال».
(٢) في المخطوط: «الشيئين».
(٣) في المخطوط: «ظاهر الآيات».
(٤) سبق تخريجه.

ثُمّ الرّضاعُ يُحَرِّمُ في المُدّةِ على اختلافِهم فيها [سَواءٌ] [١] فُطِمَ في المُدّةِ أو لم يُفْطَم، هذا جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ عن أصحابنا حتّى لو فُصِلَ الرّضيعُ في مُدّةِ الرّضاعِ ثُمّ سُقيَ بعدَ ذلك في المُدّةِ؛ كان ذلك رَضاعًا مُحَرِّمًا ولا يُعْتَبَرُ الفِطامُ وإنّما يُعْتَبَرُ الوقتُ فيُحَرِّمُ عندَ أبي حنيفةَ ما كان في السّنتَيْنِ ونصفٍ وعندَهما ما كان في السّنتَيْنِ؛ لأنّ الرّضاعَ في وقتِه عُرِفَ مُحَرِّمًا في الشّرعِ لما ذَكَرْنا من الدّلائلِ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا فُطِمَ أو لم يُفْطَم .

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إذا فُطِمَ في السّنتَيْنِ حتّى استَغْنَى بالفِطامِ ثُمّ ارْتَضَعَ بعدَ ذلك في السّنتَيْنِ أو الثّلاثينَ شهرًا؛ لم يكنْ ذلك رَضاعًا؛ لأنّه لا رَضاعَ بعدَ الفِطامِ وإنْ هي فطَمَتْه فأكل أكلاً ضَعيفًا لا يَسْتَغْني به عن الرّضاعِ ثُمّ عادَ فأُرْضِعَ كما يُرْضَعُ أوّلاً في الثّلاثينَ شهرًا فهو رَضاعٌ مُحَرِّمٌ كما يُحَرِّمُ رَضاعُ الصّغيرِ الذي لم يُفْطَم .

ويحتملُ أنْ تكونَ رِوايةُ الحسَنِ تَفْسيرًا لظاهرِ قولِ أصحابنا وهو أنّ الرّضاعَ في المُدّةِ بعدَ الفِطامِ إنّما يكونُ رَضاعًا مُحَرِّمًا إذا لم يكن الفطام تامًّا بأنْ كان لا يَسْتَغْني بالطّعامِ عن الرّضاعِ، فإنِ استَغْنَى لا يُحَرِّمُ بالإجماعِ ويُحمَلُ قولُ النّبيِّ ﷺ: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ الفِصَال» على الفِصالِ المُتَعارَفِ المُعْتادِ وهو الفِصالُ التّامُّ المُغْني عن الرّضاعِ .

وَيَسْتَوي في الرّضاعِ المُحَرِّمِ قَليلُه وكَثيرُه عندَ عامّةِ العلماءِ وعامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم [٢]، ورُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ الزُّبيرِ وعائشةَ رضي الله عنهما إنّ قَليلَ الرّضاعِ لا يُحَرِّمُ وبه أخذ الشّافعيُّ فقال: لا يُحَرِّمُ إلاّ خمسُ رَضَعاتٍ مُتَفرِّقاتٍ [٣] .

واحتَجّ بما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: كان فيما نزل عشرُ رَضَعاتٍ يحرمن، ثُمّ صِرْنَ إلى خمسٍ فتوفّيَ النّبيُّ ﷺ وهو فيما يُقْرأُ [٤] . ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الأحناف: مختصر الطحاوي ص (٢٢٠)، المبسوط (٥/ ١٣٤)، رءوس المسائل ص (٤٤٣)، شرح فتح القدير (٣/ ٤٣٨، ٤٣٩)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١١٧)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٨٠٤، ٨٠٥).

(٣) مذهب الشافعية: أن الرضاع لا تثبت حرمته إلا بخمس رضعات، انظر: مختصر المزني ص (٢٢٦)، الحاوي الكبير (١٤/ ٤١٩)، الوسيط (٦/ ١٨٣)، الوجيز (٢/ ١٠٥)، روضة الطالبين (٩/ ٧).

(٤) رواه مسلم، كتاب الرضاع، باب: التحريم بخمس رضعات، حديث (١٤٥٢)، وأبو داود، حديث (٢٠٦٢)، والنسائي، حديث (٣٠٣٧)، وابن ماجه، حديث (١٩٤٤)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ٣٦)، حديث (٤٢٢٢)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ١١٩)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٥٣)، حديث (١٥٣٩٧)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٨١)، حديث (٣٠).

قال: «لَا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَالمَصَّتَانِ وَلَا الإِمْلَاجَةُ والإملاجتان» [(١)] ولأنّ الحُرْمةَ بالرّضاعِ لكَوْنِه مُنْبتًا للّحمِ ومُنْشِزًا للعَظْمِ وهذا المعنى لا يَحْصُلُ بالقليلِ منه [فلا يكونُ القليلُ مُحَرِّمًا] [(٢)].

ولنا: قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] مُطْلَقًا عن القدرِ. ورُوِيَ عن عَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ [٢/ ١٣٣ب] وعبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: قَليلُ الرّضاعِ وكَثيرُه سَواءٌ.

ورُوِيَ عن ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه قال: الرّضْعةُ الواحدةُ تُحَرِّمُ [(٣)]. ورُوِيَ أنّه لَمّا بَلَغَه أنّ عبدَ اللّه بنَ الزُّبيرِ يقولُ: لا تُحَرِّمُ الرّضْعةُ و[لا] [(٤)] الرّضْعَتانِ، فقال: قضاءُ اللّه خَيْرٌ من قضاءِ ابنِ الزُّبيرِ وتَلا قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [(٥)] [النساء :٢٣] ورُوِيَ أنّه لَمّا بَلَغَه أنّ عائشةَ رضي الله عنها تَقولُ: لا تُحَرِّمُ المصّةُ والمصّتانِ فقال: حُكمُ اللّه تعالى أولى وخَيْرٌ من حُكمِها.

وأمّا حَديثُ عائشةَ رضي الله عنها فقد قِيلَ: إنّه لم يَثْبُتْ عنها وهو الظّاهرُ فإنّه رُوِيَ أنّها قالت: توُفّيَ النّبيُّ ﷺ وهو مِمّا يُتْلى في القرآنِ فما الذي نَسَخَه ولا نَسْخَ بعدَ وفاةِ النّبيِّ ﷺ؟ ولا يُحْتَمَلُ أنْ يُقال ضاع شيءٌ من القرآنِ ولهذا ذَكَرَ الطّحاويُّ في اختلافِ العلماءِ أنّ هذا حَديثٌ مُنْكَرٌ وأنّه من صَيارِفةِ الحديثِ ولئِنْ ثَبَتَ فيُحْتَمَلُ أنّه كان في رَضاعِ

---

(١) رواه الضياء في المختارة (٣/ ٧٠)، حديث (٨٧٥)، وابن حبان كما في موارد الظمآن، ص (٣٠٦)، حديث (١٢٥٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٢٩٩)، حديث (٥٤٥٧)، والبزار في مسنده (٢/ ١٨٢)، حديث (٩٦٧)، عن الزبير رضي الله عنه. قلت: وقد روي مختصرًا، وانظر نصب الراية (٣/ ٢١٧)، والدراية (٢/ ٦٨).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) بنحوه أخرجه البيهقي (٧/ ٤٥٨)، برقم (١٥٤٢٢)، ولفظه: «أرسلني عطاء ورجلاً معي إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فسألناه عن المرأة ترضع الصبي في المهد أو الجارية رضعة واحدة، قال: هي عليه حرام...».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٤/ ٤٦٧)، برقم (١٣٩١٩)، ولفظه: «أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع ابن عمر سأله رجل أتحرم رضعة أو رضعتان؟ فقال: ما نعلم الأخت من الرضاعة إلا حرامًا. فقال رجل: إن أمير المؤمنين يريد ابن الزبير يزعم أنه لا تحرم رضعة ولا رضعتان، فقال ابن عمر: قضاء الله خير من قضائك وقضاء أمير المؤمنين».

الكبيرِ فنُسِخَ العدَدُ بنَسْخِ رَضاعِ الكبيرِ .

وأمّا حَديثُ المصّةِ والمصّتَيْنِ فقد ذَكَرَ الطّحاويُّ أنّ في إسنادِه اضْطِرابًا؛ لأنّ مَدارَه على عُرْوةَ بنِ الزُّبيرِ عن عائشةَ رضي الله عنها . ورُوِيَ أنّه سُئِلَ عُرْوةُ عن الرّضاعةِ فقال ما كان في الحوْلَيْنِ وإنْ كان قَطْرةً واحدةً مُحَرِّمٌ والرّاوي إذا عَمِلَ بخلافِ ما رَوَى أوجَبَ ذلك وهْنًا في ثُبوتِ الحديثِ؛ لأنّه لو ثَبَتَ عندَه لَعَمِلَ به على أنّه إنْ ثَبَتَ فيُحْتَمَلُ أنّ الحُرْمةَ (لم تَثْبُتْ) [(١)] لعَدَمِ القدرِ المُحَرِّمِ ويُحْتَمَلُ أنّها (لم تَثْبُتْ؛ لأنّه لا) [(٢)] يُعْلَمُ أنّ اللّبَنَ وصَلَ إلى جَوْفِ الصّبيِّ أم لا وما لم يصِلْ لا يُحَرِّمُ فلا يَثْبُتُ [لعَدَمِ القدرِ المحرمِ ولا تَثْبُتُ] [(٣)] الحُرْمةُ بهذا الحديثِ بالاحتمالِ، ولهذا قال ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما: إذا عَقَى الصّبيُّ فقد حُرِّمَ، حين سُئِلَ عن الرّضْعةِ الواحدةِ هل تُحَرِّمُ؛ لأنّ العِقْيَ اسمٌ لما يَخْرُجُ من بَطْنِ الصّبيِّ حين يولدُ أسوَدُ لَزِجٌ إذا وصَلَ اللّبَنُ إلى جَوْفِه يُقالُ هل عقيتم صَبيَّكُم أي هل سَقَيْتُموه عَسَلاً ليَسْقُطَ عنه عِقْيُه [(٤)] إنّما ذُكِرَ ذلك ليُعْلَمَ أنّ اللّبَنَ قد صار في جَوْفِه؛ لأنّه لا يُعْقَى من ذلك اللّبَنِ حتّى يصيرَ في جَوْفِه ويُحْتَمَلُ أنّه كان ذلك في إرضاعِ الكبيرِ حين كان مُحَرِّمًا ثُمّ نُسِخَ .

وأمّا قولُه: إنّ الرّضاعَ إنّما يُحَرِّمُ لكَوْنِه مُنْبِتًا للّحمِ مُنْشِزًا للعَظْمِ فنَقولُ: القليلُ يُنْبِتُ ويُنْشِزُ بقدرِه فوَجَبَ أنْ يُحَرِّمَ [بأصلِه وقدرِه على [أن] [(٥)] هذه الأحاديثِ إنْ ثَبَتَتْ فهي مُبيحةٌ وما تَلونا مُحَرِّمٌ والمُحَرِّمُ يقضي على المُبيحِ احتياطًا] [(٦)]؛ لأنّ الجُرْعةَ الكبيرة عندَه لا تُحَرِّمُ ومعلومٌ أنّ الجرْعةَ الواحدةَ الكبيرة في إنبات اللّحمِ وإنْشازِ العظْمِ فوْقَ خمسِ رَضَعاتٍ صِغارٍ فدَلّ أنّه لا مَدارَ على هذا .

وَكذا يَسْتَوي فيه لبنُ الحيّةِ والميّتةِ بأنْ حُلِبَ لبنُها بعدَ موتِها في قَدَحٍ فأوجِرَ به صَبيٌّ يُحَرِّمُ عندَنا [(٧)] .

---

(١) في المخطوط: «لو ثبتت». (٢) في المخطوط: «لما لا».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) العِقْي: أول ما يخرج من بطن الصبيّ - يخرؤه حين يولد، وهو أسود لزج كالغراء- قبل أن يَطْعَم. انظر لسان العرب (١٥/ ٨١).

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) ما بين المعكوفين جاء في المخطوط مقدم عن موضعه بعد قوله: «ثم نسخ».

(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٢٠)، مختصر الطحاوى ص (٢٢٢).

وقال الشّافعيُّ: لبنُ الميّتةِ لا يُحَرِّمُ ولا خلافَ في أنّه إذا حَلَبَ لبنَها في حالِ حَياتِها في إناءٍ فأوجِرَ به الصّبيُّ بعدَ موتِها أنّه يَثْبُتُ به الحُرْمةُ [١].

وجهُ قولِه: إنّ حُكمَ الرّضاعِ هو الحُرْمةُ والمرأةُ بالموتِ خرجتْ من أنْ تكونَ مَحَلًّا لهذا الحُكمِ ولهذا لم تَثْبُتْ حُرْمةُ المُصاهَرةِ بوَطْئِها عندكُم فصار [لبنُها] [٢] كلبنِ البهائمِ ولو ارْتَضَعَ صَغيرانِ من لبنِ بَهيمةٍ لا تَثْبُتُ حُرْمةُ الرّضاعِ بينهما كذا هذا وإذا لم تَثْبُتِ الحُرْمةُ في حقِّها لا تَثْبُتُ في حقِّ غيرِها؛ لأنّ المُرْضِعةَ أصلٌ في هذا الحُكمِ (فأوّلاً يَثْبُتُ) [٣] في حقِّها ثُمّ يتعَدّى إلى غيرِها فإذا لم يَثْبُتْ في حقِّها فكيف يتعَدّى إلى غيرِها بخلافِ ما إذا حُلِبَ حالَ حَياتِها ثُمّ أوجِرَ الصّبيُّ بعدَ وفاتِها؛ لأنّها كانت مَحَلًّا قابلاً للحُكمِ وقتَ انفِصالِ اللّبَنِ منها فلا يَبْطُلُ بموتِها بعدَ ذلك. وههنا بخلافِه ولأنّ اللّبَنَ قد يَنْجُسُ بموتِها لتنَجُّسِ وِعائه وهو الثّدْيُ فأشبَهَ البوْلَ والدّمَ.

ولنا: الحديثُ المشهورُ عن رسولِ اللّه ﷺ أنه [قال] [٤]: «يَحرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِنَ النَّسَبِ» [واسمُ الرّضاعِ لا يَقِفُ على الارْتِضاعِ من الثّدْيِ فإنّ العربَ تَقولُ يَتيمٌ راضِعٌ وإنْ كان يَرْضَعُ بلبنِ الشّاةِ والبقرِ ولا على فعلِ الارْتِضاعِ منها بدَليلِ أنّه لو ارْتَضَعَ الصّبيُّ منها وهي نائمةٌ يُسَمّى ذلك رَضاعًا حتّى يُحَرِّمَ ويُقالُ أيضًا: أُرْضِعَ هذا الصّبيُّ بلبنِ هذه الميّتةِ كما يُقالُ: أُرْضِعَ بلبنِ الحيّةِ] [٥] وقولُه ﷺ: «الرَّضَاعُ [٦] مِنَ المَجَاعَةِ» وقولُه: «الرَّضَاعُ مَا أَنبَتَ اللَّحمَ وَأَنشَرَ العَظمَ» [٧] وقولُه ﷺ: «الرَّضَاعُ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ» ولبَنُ الميّتةِ يَدْفَعُ الجوعَ ويُنْبِتُ اللّحمَ ويُنْشِرُ العظْمَ ويَفْتُقُ الأمعاءَ فيوجِبُ الحرمة، ولأنّ اللّبَنَ كان مُحَرِّمًا في حالِ الحياةِ والعارِضُ هو الموتُ واللّبَنُ لا يموتُ كالبيضةِ كذا رُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال اللّبَنُ لا يموتُ ولأنّ الموتَ يَحِلُّ مَحَلّ الحياةِ ولا حَياةَ في اللّبَنِ.

ألا تَرَى أنّها لم تَتألّم بأخذِه في حالِ حَياتِها، والحيَوانُ يتألّمُ بأخذِ ما فيه حَياةٌ من لَحمِه وسائرِ أعضائه وإذا لم يكنْ فيه حَياةٌ؛ كان حالُه بعدَ (موتِ المرأةِ) [٨] كحالِه قبل موتِها

---

(١) مذهب الشافعية: أن لبن الميتة لا يحرم، انظر: مختصر المزنى ص (٢٢٧).
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ثبت».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «الرضاعة».
(٧) سبق تخريجه.
(٨) في المخطوط: «الموت».

وقبل موتِها مُحَرِّمٌ كذا بعدَه .

وأمّا قولُه : المرأةُ بالموتِ خرجتْ من أنْ تكونَ مَحَلًّا للحُرْمةِ وهي الأصلُ في [٢/ ١٣٤أ] هذه الحُرْمةِ فنَقولُ الحُرْمةُ في حالِ الحياةِ ما ثَبَتَتْ باعتِبارِ الأصالةِ والتَّبَعيّةِ بل باعتِبارِ إنْباتِ اللّحم وإنْشازِ العظْم وقد بقيَ هذا المعنى بعدَ الموتِ فتَبْقَى الحُرْمةِ بخلافِ حُرْمةِ المُصاهَرةِ ؛ لأنّها تَثْبُتُ لدَفْعِ فسادِ قَطيعةِ الرّحِم أو باعتِبارِ الجزئيّةِ والبعضيّةِ لكَوْنِ الوطْءِ سببًا لحُصولِ الولدِ وكُلُّ واحدٍ من المعنَيَيْنِ لا يتقَدّرُ بعدَ الموتِ لذلك افْتَرَقا .

وقولُه : اللّبَنُ يَنْجُسُ بالموتِ مَمْنوعٌ وهذا شيءٌ بَناه على أصلِه فأمّا على أصلِ أصحابنا فاللّبَنُ لا يَنْجُسُ بالموتِ بل هو طاهرٌ بعدَ الموتِ وإنْ تَنَجّسَ الوِعاءُ الأصليُّ له ونَجاسةُ الظّرْفِ إنّما توجِبُ نَجاسةَ المظْروفِ إذا لم يكنِ الظّرْفُ معدِنًا للمَظْروفِ وموضِعًا له في الأصلِ فأمّا إذا كان (في الأصلِ) [١] موضِعُه ومَظانُّه فنَجاسَتُه لا توجِبُ نَجاسةَ المظْروفِ .

ألا تَرَى أنّ الدّمَ الذي يَجْري بين اللّحم والجِلْدِ في المُذَكّاةِ لا يُنَجِّسُ اللّحمَ لَمّا كان في معدِنِه ومَظانِّه فكذلك اللّبَنُ والدّليلُ عليه أنّه لو حَلَبَ لبنَها في حالِ حَياتِها في وِعاءٍ نَجِسٍ فأوجِرَ به الصّبيُّ يُحَرِّمُ ولا فرقَ بين الوِعاءَيْنِ ؛ إذِ النّجَسُ في الحالَيْنِ ما يُجاوِرُ اللّبَنَ لا عَيْنَه ثُمّ نَجاسةُ الوِعاءِ الذي ليس بمعدِنِ اللّبَنِ لَمّا لم يمْنَعْ وُقوعَ التّحريم فما هو معدِنٌ له أولى ويَسْتَوي في تَحْريمِ الرّضاعِ (الارْتِضاعُ من الثّدْيِ والإسعاطِ) [٢] والإيجارِ ؛ لأنّ المُؤَثِّرَ في التّحريمِ هو حُصولُ الغِذاءِ باللّبَنِ وإنْباتِ اللّحمِ وإنْشازِ العظْمِ وسَدِّ المجاعةِ لأنْ به يتحقّقُ الجزئيّةُ [٣] وذلك يَحْصُلُ بالإسعاطِ والإيجارِ ؛ لأنّ السّعوطَ يصِلُ إلى الدِّماغِ و[يصل] [٤]إلى الحلْقِ فيُغَذّي ويَسُدُّ الجوعَ والوجورُ يصِلُ إلى الجوْفِ فيُغَذّي .

وَأمّا الإقطارُ في الأُذُنِ فلا يُحَرِّمُ ؛ لأنّه لا يُعْلَمُ وُصولُه إلى الدِّماغِ لضيقِ الخرْقِ في الأُذُنِ .

وكذلك الإقطارُ في الإحليلِ ؛ لأنّه لا يصِلُ إلى الجوْفِ فضْلًا عن الوُصولِ إلى المعِدةِ وكذلك الإقطارُ في العيْنِ الدبر لما قُلْنا .

وكذلك الإقطارُ في الجائفةِ وفي الآمّةِ ؛ لأنّ الجائفةَ تَصِلُ إلى الجوْفِ لا إلى المعِدةِ

---

(١) في المخطوط : «ذلك» .
(٢) في المخطوط : «والارتضاع والاستعاط» .
(٣) زيادة من المخطوط .
(٤) ليست في المخطوط .

والآمّةُ إنْ كان يصِلُ إلى المعِدةِ لكنْ ما يصِلُ إليها من الجِراحةِ لا يَحْصُلُ به الغِذاءُ فلا تَثْبُتُ به الحُرْمةُ والحُقْنةُ لا تُحَرِّمُ بأنْ حُقِنَ الصّبيُّ باللّبَنِ في الرِّوايةِ المشْهورةِ .

ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّها تُحَرِّمُ ، وجه هذه الرِّوايةِ أنّها وصَلَتْ إلى الجوْفِ حتّى أوجَبَتْ فسادَ الصّوْمِ فصار كما لو وصَلَ [إلى الجوف] [١] من الفمِ ، وجه ظاهرِ الرِّوايةِ أنّ المُعْتَبَرَ في هذه الحُرْمةِ هو معنى التّغذّي والحُقْنةُ لا تَصِلُ إلى موضِعِ الغِذاءِ ؛ لأنّ موضِعَ الغِذاءِ هو المعِدةُ والحُقْنةُ لا تَصِلُ إليها فلا يَحْصُلُ بها نَباتُ اللّحمِ ونُشوزُ العظْمِ واندِفاعُ الجوعِ فلا توجِبُ الحُرْمةَ .

وَلو جُعِلَ اللّبَنُ مَخيضًا [٢] أو رائبًا أو شيرازًا أو جُبنًا أو أقِطًا أو مَصْلاً فتناولَه الصّبيُّ لا يَثْبُتُ به الحُرْمةُ ؛ لأنّ اسمَ الرّضاعِ لا يقعُ عليه وكذا لا يُنْبِتُ اللّحمَ ولا يُنْشِزُ العظْمَ ولا يَكتَفي به الصّبيُّ في الاغْتِذاءِ فلا يُحَرِّمُ .

ولو اختلَطَ اللّبَنُ بغيرِه فهذا على وجوهٍ:

أمّا إنِ اختلَطَ بالطّعامِ أو بالدّواءِ أو بالماءِ أو بلبنِ البهائمِ [٣] أو بلبنِ امرأةٍ أُخرى فإنِ اختلَطَ بالطّعامِ فإنْ مسّته النّارُ حتّى نَضِجَ لم يُحَرِّم في قولِهم جميعًا ؛ لأنّه تَغيّرَ عن طَبْعِه بالطّبْخِ وإنْ لم تَمسّه النّارُ فإنْ كان الغالِبُ هو الطّعامَ ؛ لم تَثْبُتِ الحُرْمةُ ؛ لأنّ الطّعامَ إذا غَلَبَ سَلَبَ قوّةَ اللّبَنِ وأزالَ معناه وهو التّغذّي فلا يَثْبُتُ به الحُرْمةُ ، وإنْ كان اللّبَنُ غالِبًا للطّعامِ وهو طعامٌ يَسْتَبِينُ لا يَثْبُتُ به الحُرْمةُ في قولِ أبي حنيفةَ ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يَثْبُتُ .

وجه قولِهما: أنّ اعتِبارَ الغالِبِ وإلْحاقَ المغْلوب بالعدَمِ أصلٌ في الشّرعِ فيجبُ اعتِبارُه ما أمكَنَ كما إذا اختلَطَ بالماءِ أو بلبنِ شاةٍ ولأبي حنيفةَ أنّ الطّعامَ وإنْ كان أقلّ من اللّبَنِ فإنّه يَسْلُبُ قوّةَ اللّبَنِ ؛ لأنّه يرِقُّ ويَضْعُفُ بحيثُ يَظْهَرُ ذلك في حِسِّ البصَرِ فلا تَقَعُ الكِفايةُ به في تَغْذيةِ الصّبيِّ فكان اللّبَنُ مَغْلوبًا معنًى وإنْ كان غالِبًا صورةً وإنِ اختلَطَ بالدّواءِ أو

---

(١) زيادة من المخطوط .
(٢) المَخِيض : اللبن الذي قد مُخِض وأخذ زبده ، وتَمَخَّض اللبن وامْتَخَضَ أي تحرك في الممخضة. مختار الصحاح ص (٢٥٨) .
(٣) في المخطوط : «الشاة» .

بالدُّهْنِ أو بالنّبيذِ؛ يُعْتَبَرُ فيه الغالِبُ فإنْ كان اللّبَنُ غالِبًا يُحَرِّمُ؛ لأنّ هذه الأشياءَ لا تَحِلُّ بصِفةِ اللّبَنِ وصَيْرورَتِه غِذاءً بل بقدرِ ذلك؛ لأنّها إنّما تُخْلَطُ باللّبَنِ ليوصَلَ اللّبَنُ إلى ما كان لا يصِلُ إليه بنفسِه لاختصاصِها بقوّةِ التّنْفيذِ ثُمّ اللّبَنُ بانفِرادِه يُحَرِّمُ فمع هذه الأشياءِ أولى، وإنْ كان الدّواءُ هو الغالِبَ لا تَثْبُتُ به الحُرْمةُ؛ لأنّ اللّبَنَ إذا صار مَغْلوبًا صار مُسْتَهْلَكًا فلا يقعُ به التّغَذّي فلا تَثْبُتُ به الحُرْمةُ وكذا إذا اختَلَطَ بالماءِ يُعْتَبَرُ فيه الغالِبُ أيضًا فإنْ كان اللّبَنُ غالِبًا يَثْبُتُ به الحُرْمةُ وإنْ كان الماءُ غالِبًا لا يَثْبُتُ [به] (١) وهذا عندَنا (٢).

وعندَ (٣) الشّافعيِّ: إذا قُطِّرَ من [٢/ ١٣٤ب] الثّدْيِ مِقْدارَ خمسِ رَضَعاتٍ في جُبِّ ماءٍ فسُقِيَ منه الصّبيُّ تَثْبُتُ به الحُرْمةُ (٤).

وجه قولِه: أنّ اللّبَنَ وصَلَ إلى جَوْفِ الصّبيِّ بقدرِه في وقتِه فتَثْبُتُ الحُرْمةُ كما إذا كان اللّبَنُ غالِبًا ولا شَكّ في وقتِ الرّضاعِ، والدّليلُ على أنّ القدرَ المُحَرِّمَ من اللّبَنِ وصَلَ إلى جَوْفِ الصّبيِّ أنّ اللّبَنَ وإنْ كان مَغْلوبًا فهو موجودٌ شائعٌ في أجزاءِ الماءِ وإنْ كان لا يُرَى فيوجِبُ الحُرْمةَ.

ولنا: أنّ الشّرعَ عَلّقَ الحُرْمةَ في باب الرّضاعِ بمعنى التّغَذّي على ما نَطَقَتْ به الأحاديثُ واللّبَنُ المغْلوبُ بالماءِ لا يُغَذّي الصّبيّ لزوالِ قوّتِه ألا تَرَى أنّه لا يقعُ الاكتِفاءُ به في تَغْذيةِ الصّبيِّ فلم يكنْ مُحَرِّمًا وقد خرج الجوابُ عَمّا ذَكَرَه المُخالِفُ، وذَكَرَ الجصّاصُ أنّ جَوابَ الكِتاب يَنْبَغي أنْ يكونَ قولَهما فأمّا على قولِ أبي حنيفةَ يَنْبَغي أنْ لا يُحَرِّمَ وإنْ كان اللّبَنُ غالِبًا وقاسَ الماءَ على الطّعامِ وجَمع بينهما من حيثُ إنّ اختلاطَه بالماءِ يَسْلُبُ قوّتَه

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (ص ٢٢٢)، المبسوط (٥/ ١٤٠)، رءوس المسائل (ص ٤٤٥)، فتح القدير (٣/ ٤٥١)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٨٢٠).

(٣) في المخطوط: «قال».

(٤) مذهب الشافعية: أن اللبن إذا خلط بمائع كالماء أو الدواء أو بحرام كالخمر ينظر فيه إن كان اللبن غالبا تعلقت به الحرمة وإن كان مغلوبا ففيه قولان: أحدهما: لا يتعلق به التحريم، والثاني وهو أظهرهما: يتعلق به التحريم لوصول عين اللبن في الجوف. انظر: مختصر المزني ص (٢٢٧)، الحاوي الكبير (١٤/ ٤٣٢، ٤٣٣)، الوسيط (٦/ ١٨٠، ١٨١)، روضة الطالبين (٩/ ٤)، منهاج الطالبين (ص ١١٧)، مغني المحتاج (٣/ ٤١٥).

وإنْ كان الماءُ قَليلاً كاختلاطِه بالطّعامِ القليلِ وفي ظاهرِ الرّوايةِ أطْلَقَ الجوابَ ولم يَذْكُرِ الخلافَ ولو اختَلَطَ بلبنِ البهائمِ كلبنِ الشّاةِ وغيرِه يُعْتَبَرُ فيه الغالِبُ أيضًا لما ذَكَرْنا ولو اختَلَطَ لبنُ امرأةٍ بلبنِ امرأةٍ أُخرى فالحُكمُ للغالِب منهما في قولِ أبي يوسُفَ .

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ كذلك، وعند محمّدٍ يَثْبُتُ الحُرْمةُ منهما جميعًا وهو قولُ زُفَرَ وجه قولِ محمّدٍ: أنّ اللّبنَيْنِ [1] من جِنسٍ واحدٍ والجِنسُ لا يَغْلِبُ الجِنسَ فلا يكونُ خَلْطُ الجِنسِ بالجِنسِ استِهْلاكًا فلا يصيرُ القليلُ مُسْتَهْلَكًا في الكثيرِ فيُغَذّي الصّبيّ كُلُّ واحدٍ منهما بقدرِه بإنْباتِ اللّحمِ وإنْشازِ العظْمِ أو سَدِّ الجوعِ؛ لأنّ أحدَهما لا يَسْلُبُ قوّةَ الآخَرِ .

والدّليلُ على أنّ خَلْطَ الجِنسِ بالجِنسِ لا يكونُ استِهْلاكًا له أنّ مَنْ غَصَبَ من آخَرَ زيتًا فخَلَطَه بزيتِ آخَرَ اشتركا فيه في قولِهم جميعًا ولو خَلَطَه بشيرَجٍ أو بدُهْنٍ آخَرَ من غيرِ جِنسِه، يُعْتَبَرُ الغالِبُ فإنْ كان الغالِبُ هو المغْصوبَ كان لصاحِبه أنْ يأخُذَه ويُعْطِيَه قِسْطَ ما اختَلَطَ بزيتِه وإنْ كان الغالِبُ غيرَ المغْصوب صار المغْصوبُ مُسْتَهْلَكًا فيه ولم يكنْ له أنْ يُشارِكَه فيه ولكنّ الغاصِبَ يَغْرَمُ له مثلَ ما غَصَبَه فدَلّ ذلك على اختلافِ حُكمِ الجِنسِ الواحدِ والجِنسَيْنِ وأبو يوسُفَ اعتبَرَ هذا النّوعَ من الاختلاطِ باختلاطِ اللّبَنِ بالماءِ وهناك الحُكمُ للغالِب كذا ههنا .

ولِمحمّدٍ أنْ يُفرِّقَ بين الفصلَيْنِ فإنّ اختلاطَ اللّبَنِ بما هو من جِنسِه لا يوجِبُ الإخلالَ بمعنى التّغذّي من كُلِّ واحدٍ منهما بقدرِه؛ لأنّ أحدَهما لا يَسْلُبُ قوّةَ الآخَرِ وليس كذلك اختلاطُ اللّبَنِ بالماءِ، واللّبَنُ مَغْلوبٌ؛ لأنّ الماءَ يَسْلُبُ قوّةَ اللّبَنِ أو يُخِلُّ به فلا يَحْصُلُ التّغذّي أو يختلُّ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَلو طَلّقَ الرّجُلُ امرأتَه ولها لبنٌ من ولدٍ كانت ولدَتْه منه فانقضَتْ عِدّتُها وتزوّجَتْ بزوجٍ آخَرَ وهي كذلك فأرضَعَتْ صَبيًّا عندَ الثّاني يُنْظَرُ إنْ أرضَعَتْ قبل أنْ تَحمِلَ من الثّاني فالرّضاعُ من الأوّلِ بالإجماعِ؛ لأنّ اللّبَنَ نزل من الأوّلِ فلا يَرْتَفِعُ حُكمُه بارْتِفاعِ النّكاحِ كما لا يَرْتَفِعُ بالموتِ وكَما لو حَلَبَ منها اللّبَنَ ثُمّ ماتتْ لا يَبْطُلُ حُكمُ الرّضاعِ من لبنِها، كذا هذا .

وإنْ أرضَعَتْ بعدَما وضَعَتْ من الثّاني فالرّضاعُ من الثّاني بالإجماعِ؛ لأنّ اللّبَنَ منه ظاهرًا .

---

(١) في المخطوط: «اللبن».

وإنْ أرضَعَتْ بعدَما حَمَلَتْ من الثّاني قبل أنْ تَضَعَ ؛ فالرّضاعُ من الأوّلِ إلى أنْ تَضَعَ في قولِ أبي حنيفةَ .

وقال أبو يوسُفَ : إنْ عُلِمَ أنّ هذا اللّبَنَ من الثّاني بأنِ ازْدادَ لبنُها فالرّضاعُ من الثّاني وإنْ لم يُعْلم فالرّضاعُ من الأوّلِ .

ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عنه أنّها إذا حَبلَتْ فاللّبَنُ للثّاني، وقال محمّدٌ وزُفَرُ: الرّضاعُ منهما جميعًا إلى أنْ تَلِدَ فإذا ولدَتْ فهو من الثّاني .

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ اللّبَنَ الأوّلَ باقٍ والحمْلَ سببٌ لحُدوثِ زيادةِ لبنٍ فيَجْتَمِعُ لبنانِ في ثَدْيٍ واحدٍ فتَثْبُتُ الحُرْمةُ بهما كما قال في اختلاطِ أحدِ اللّبَنَيْنِ بالآخَرِ بخلافِ ما إذا وضَعَتْ ؛ لأنّ اللّبَنَ الأوّلَ يَنْقَطِعُ بالوضْعِ ظاهرًا وغالِبًا فكان اللّبَنُ من الثّاني ؛ فكان الرّضاعُ منه .

وجه قولِ أبي يوسُفَ: أنّ الحامِلَ قد يَنْزِلُ لها لبنٌ فلَمّا ازْدادَ لبنُها عندَ الحمْلِ من الثّاني دَلّ أنّ الزّيادةَ من الحمْلِ الثّاني ؛ إذْ لو لم يكنْ لَكان لا يَزْدادُ بل يَنْقُصُ [1] ؛ إذِ العادةُ أنّ اللّبَنَ يَنْقُصُ بمُضيِّ الزّمانِ ولا يَزْدادُ فكانتِ الزّيادةُ دَليلاً على أنّها من الحمْلِ الثّاني لا من الأوّلِ .

وجه روايةِ الحسَنِ عنه: أنّ العادةَ أنّ بالحمْلِ يَنْقَطِعُ اللّبَنُ الأوّلُ ويَحْدُثُ عندَه لبنٌ آخَرُ فكان الموجودُ عندَ الحمْلِ الثّاني من الحمْلِ الثّاني لا من الأوّلِ ؛ فكان الرّضاعُ منه لا من الأوّلِ .

ولأبي حنيفةَ: أنّ نُزول اللّبَنِ من الأوّلِ ثَبَتَ بيقينٍ ؛ لأنّ الوِلادةَ سببٌ لنُزولِ اللّبَنِ بيقينٍ [٢/ ١٣٥أ] عادةً فكان حُكمُ الأوّلِ ثابتًا بيقينٍ فلا يَبْطُلُ حُكمُه ما لم يوجدْ سببٌ آخَرُ مثلُه بيَقينٍ وهو وِلادةٌ أُخرى لا الحمْلُ ؛ لأنّ الحامِلَ قد يَنْزِلُ لها لبنٌ بسبب الحمْلِ وقد لا يَنْزِلُ حتّى تَضَعَ والثّابتُ بيَقينٍ لا يَزولُ بالشّكّ .

وأمّا قولُ أبي يوسُفَ : لَمّا ازْدادَ اللّبَنُ دَلّ على حُدوثِ اللّبَنِ من الثّاني فمَمْنوعٌ ؛ لأنّ زيادةَ اللّبَنِ تَدُلُّ على حُدوثِ اللّبَنِ من الحمْلِ فإنّ لزيادةِ اللّبَنِ أسبابًا من زيادةِ الغِذاءِ

(١) في المخطوط : «ينتقص» .

وجَوْدَتِه وصحّةِ البدَنِ واعتِدالِ الطّبيعةِ وغيرِ ذلك، فلا يَدُلُّ الحمْلُ على حُدوثِ الزّيادةِ بالشّكِّ فلا يَنْقَطِعُ الحُكمُ عن الأوّلِ بالشّكِّ، وقد خرج الجوابُ عَمّا قاله محمّدٌ واللّه الموَفِّقُ للصّواب .

وَيَسْتَوي في تَحْريمِ الرّضاعِ : الرّضاعُ المُقارِنُ للنّكاحِ والطّارِئُ عليه؛ لأنّ دَلائلَ التّحريمِ لا توجِبُ الفصلَ بينهما وبيانُ هذا الأصلِ [في مسائلَ] [1] إذا تزوّجَ صَغيرةً فأرضَعَتْها أُمُّه من النّسَب أو من الرّضاعِ حُرِّمَتْ عليه؛ لأنّها صارتْ أُخْتًا له من الرّضاعِ فتَحْرُمُ عليه كما في النّسَب وكذا إذا أرضَعَتْها أُخْتُه أو بنتُه من النّسَب أو من الرّضاعِ؛ لأنّها صارتْ بنتَ أُخْتِه أو بنتَ بنتِه من الرّضاعةِ وأنّها تَحْرُمُ من الرّضاعِ كما تَحْرُمُ من النّسَب .

ولو تزوّجَ صَغيرَتَيْنِ رَضيعَتَيْنِ فجاءَتِ امرأةٌ أجنبيّةٌ فأرضَعَتْهما مَعًا أو على التّعاقُب حُرِّمَتا عليه؛ لأنّهما صارتا أُخْتَيْنِ من الرّضاعةِ فيَحْرُمُ الجمْعُ بينهما في حالةِ البقاءِ كما يَحْرُمُ في حالةِ الابتِداءِ كما في النّسَب ويجوزُ أنْ يَتزوّجَ إحداهما أيّتَهما شاء؛ لأنّ المُحَرّمَ هو الجمْعُ كما في النّسَب فإنْ كُنّ ثلاثًا فأرضَعَتْهُنّ جميعًا مَعًا حُرِّمْنَ عليه؛ لأنّهُنّ صِرْنَ أخَواتٍ من الرّضاعةِ فيَحْرُمُ الجمْعُ بينهُنّ وله أنْ يَتزوّجَ واحدةً منهُنّ أيّتَهُنّ شاء لما قُلْنا .

وإنْ أرضَعَتْهُنّ على التّعاقُب واحدةً بعدَ واحدةٍ؛ حُرِّمَتْ عليه الأولتانِ [2] وكانتِ الثّالِثةُ زوجَته [3]؛ لأنّها لَمّا أرضَعَتِ الأولى ثُمّ الثّانيةَ؛ صارتا أُخْتَيْنِ فبانَتا منه فإذا أرضَعَتِ الثّالِثةَ فقد صارتْ أُخْتًا لهما لكنّهما أجنَبيّتَيْنِ فلم يتحقّقِ الجمْعُ فلا تَبينُ منه كذا إذا أرضَعَتِ البنتَيْنِ مَعًا ثُمّ الثّالِثةَ حُرِّمَتا والثّالِثةُ امرأتُه؛ لما قُلْنا . ولو أرضَعَتِ الأولى ثُمّ الثِّنْتَيْنِ مَعًا حُرِّمْنَ جميعًا؛ لأنّ الأولى لم تَحْرُم وكذا الإرضاعُ لعَدَمِ الجمْعِ فإذا أرضَعَتِ الأُخْرَيَيْنِ مَعًا صِرْنَ أخَواتٍ في حالةٍ واحدةٍ فيَفْسُدُ نِكاحُهُنّ ولو كُنّ أربعَ صَبيّاتٍ فأرضَعَتْهُنّ على التّعاقُب واحدةً بعدَ واحدةٍ حُرِّمْنَ جميعًا؛ لأنّها لَمّا أرضَعَتِ الثّانيةَ فقد صارتْ أُخْتًا للأولى فحَصَلَ الجمْعُ بين الأُخْتَيْنِ من الرّضاعةِ فبانَتا، ولمّا أرضَعَتِ الرّابعةَ فقد صارتْ أُخْتًا للثّالِثةِ فحَصَلَ الجمْعُ، فبانَتا، وحُكمُ المهرِ والرُّجوعِ في هذه المسائلِ نَذْكُرُه في المسألةِ التي تَليها وهي ما إذا تزوّجَ صَغيرةً وكَبيرةً فأرضَعَتِ الكبيرةُ الصّغيرةَ .

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الأوليان».

(٣) في المخطوط: «امرأته».

أمّا حُكمُ النّكاحِ فقد حُرِّمَتا عليه؛ لأنّ الصّغيرةَ صارتْ بنتًا لها والجمْعُ بين الأُمِّ والبنتِ من الرّضاعِ نِكاحًا حَرامٌ كما يَحْرُمُ من النّسَب ثُمّ إنْ كان ذلك بعدَ ما دخلَ بالكبيرةِ؛ لا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ واحدةً منهما أبَدًا كما في النّسَب وإنْ كان قبل أنْ يدخلَ بالكبيرةِ؛ جاز له أنْ يَتزوّجَ الصّغيرةَ؛ لأنّها رَبيبَتُه من الرّضاعِ لم يدخل بأُمِّها فلا يَحْرُمُ عليه نِكاحُها كما في النّسَبِ ولا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ الكبيرةَ أبَدًا؛ لأنّها أُمُّ مَنْكوحَتِه من الرّضاعِ فتَحْرُمُ بمُجَرّدِ نِكاحِ البنتِ دخلَ بها أو لم يدخل بها كما في النّسَب .

وأمّا حُكمُ المهرِ: فأمّا الكبيرةُ فإنْ كان قد دخلَ بها فلَها جميعُ مَهْرِها سَواءٌ تَعَمّدَتِ الفسادَ أو لم تَتَعَمّدْ؛ لأنّ المهرَ قد تأكّدَ بالدُّخولِ فلا يحتملُ السُّقوطَ بعدَ ذلك فلَها مَهْرُها ولها السُّكنَى ولا نفقةَ لها؛ لأنّ السُّكنَى حقُّ اللّه تعالى فلا تَسْقُطُ بفعلِها، والنّفَقةُ تجبُ حقًّا لها بطريقةِ الصِّلةِ وبالإرضاعِ خرجتْ عن استِحْقاقِ الصِّلةِ فإنْ كان لم يدخل بها سَقَطَ مَهْرُها فلا مَهْرَ لها ولا سُكنَى ولا نفقةَ سَواءٌ تَعَمّدَتِ الفسادَ أو لم تَتَعَمّدْ؛ لأنّ الأصلَ أنّ الفُرْقةَ الحاصِلةَ قبل الدُّخولِ توجِبُ سُقوطَ كُلِّ المهرِ؛ لأنّ المُبْدَلَ يَعودُ سَليمًا إلى المرأةِ وسَلامةُ المُبْدَلِ لأحدِ المُتَعاقِدَيْنِ يوجِبُ سَلامةَ البدَلِ للآخَرِ لئَلاّ يَجْتَمِعَ المُبْدَلُ والبدَلُ في ملكٍ واحدٍ في عقدِ المُبادَلةِ . كان يَنْبَغي أنْ لا يجبَ على الزّوجِ شيءٌ سَواءٌ كانتِ الفُرْقةُ بغيرِ طلاقٍ أو بطلاقٍ إلاّ أنّ الشّرعَ أوجَبَ عليه في الطّلاقِ قبل الدُّخولِ مالاً مُقَدّرًا بنصفِ المهرِ المُسَمّى ابتِداءً بطريقِ المُتْعةِ صِلةً لها تطييبًا لقَلْبِها لما لَحِقَها من وحْشةِ الفِراقِ بفَواتِ نِعْمةِ الزّوجيّةِ عنها من غيرِ رِضاها فإذا أرضَعَتْ فقد رَضِيَتْ بارْتِفاعِ النّكاحِ فلا تَسْتَحِقُّ شيئًا . وأمّا الصّغيرةُ فلَها نصفُ المهرِ على الزّوجِ عندَ عامّةِ العلماءِ (١) .

وقال مالِكٌ: لا شيءَ [٢/ ١٣٥أ] لها .

وجه قوله: أنّ الفُرْقةَ جاءَتْ من قِبَلِها لوجودِ عِلّةِ الفُرْقةِ منها وهي ارْتِضاعُها؛ لأنّه بذلك يَحْصُلُ اللّبَنُ في جَوْفِها فيُنْبِتُ اللّحمَ ويُنْشِزُ العظْمَ فتَحْصُلُ الجزئيّةُ التي هي المعنى المُؤَثِّرُ في الحُرْمةِ، وإنّما الموجودُ من المُرْضِعةِ التّمْكينُ من ارْتِضاعِها بإلْقامِها ثَدْيَها فكانت مُحَصِّلةً للشّرطِ والحُكمُ للعِلّةِ لا للشّرطِ فلا يجبُ على الزّوجِ للصّغيرةِ شيءٌ ولا

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٣/ ٢٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٨٦)، فتح القدير (٣/ ٤٥٧)، درر الحكام (١/ ٣٥٧-٣٥٨)، رد المحتار (٣/ ٢٢١).

يجبُ على المرضعة للزوج شيءٌ أيضًا.

ولنا: ما ذَكَرْنا أنّ الفُرْقَةَ من أيِّهما كانت توجِبُ سُقوطَ كُلِّ المهرِ لما ذَكَرْنا وإنّما يجبُ نصفُ المهرِ [(١)] مُقَدّرًا بالمُسَمّى ابتِداءً صِلةٌ للمرأةِ نَظَرًا لها ولم يوجدْ من الصّغيرةِ ما يوجِبُ خُروجَها عن استِحْقاقِ النّظَرِ [(٢)]؛ لأنّ فعلَها لا يوصَفُ بالخطرِ، وليستْ هي من أهلِ الرِّضا لنَجْعَلَ فعلَها دَلالةُ الرِّضا بارْتِفاعِ النِّكاحِ فلا تُحْرَمُ نصفَ الصّداقِ بخلافِ الكبيرةِ؛ لأنّ إقدامَها على الإرضاعِ دَلالةُ الرِّضا بارْتِفاعِ النِّكاحِ، وهي من أهلِ الرِّضا، وإرضاعُها جِنايةٌ فلا تَسْتَحِقُّ النّظَرَ بإيجاب نصفِ المهرِ لها ابتِداءً؛ إذِ الجاني لا يَسْتَحِقُّ النّظَرَ [على جِنايَتِه] [(٣)] بل يَسْتَحِقُّ الزّجْرَ وذلك بالحِرْمانِ لئَلاّ يفعلَ مثلَه في المُسْتقبَلِ فلا يجبُ لها شيءٌ سَواءٌ تَعَمّدَتِ الفسادَ أو لم تتَعَمّدْ؛ لأنّ فعلَها جِنايةٌ في الحالَيْنِ ويرجعُ الزّوجُ بما أدّى على الكبيرةِ إنْ كانت تَعَمّدَتِ الفسادَ، وإنْ كانت لم [(٤)] تَتَعَمّدْ لم يرجعْ عليها كذا ذَكَرَ المشايخُ وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ [(٥)].

[وقال محمد: لا يرجع عليها بشيء سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد كذا ذكر مشايخنا قول محمد] [(٦)]

فرُوِيَ عن محمّدٍ: أنّ له أنْ يرجعَ عليها سَواءٌ تَعَمّدَتِ الفسادَ أو لم تَتَعَمّدْ وهو قولُ زُفَرَ وبشْرٍ المريسيِّ والشّافعيِّ [(٧)].

وجه قولِهم: أنّ هذا ضَمانُ الإتْلافِ وأنّه لا يختلِفُ بالعمْدِ والخطَأ والدّليلُ على أنّ هذا ضَمانُ الإتْلافِ أنّ الفُرْقَةَ حَصَلَتْ من قِبَلِها بإرضاعِها ولهذا لم تَسْتَحِقّ المهرَ أصلاً ورأسًا سَواءٌ تَعَمّدَتِ الفسادَ أو لم تَتَعَمّدْ، وإذا كان حُصولُ الفُرْقةِ من قِبَلِها بإرضاعِها صارت بالإرضاعِ مُؤَكِّدةً نصفَ المهرِ على الزّوجِ؛ لأنّه كان (مُحْتَمِلاً للسُّقوطِ) [(٨)] بردّتِها أو

---

(١) في المخطوط: «مهر».
(٢) في المخطوط: «الصلة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) انظر في مذهب الأحناف: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣١٣)، مختصر الطحاوى، ص (٢٢١).
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) مذهب الشافعية: أنه يغرم نصف المهر، ويرجع على المرضعة بنصف صداق مثلها، لأن كل من أفسد شيئًا ضمن قيمة ما أفسد خطأً كان أو عمدًا، انظر: مختصر المزنى ص (٢٢٨).
(٨) في المخطوط: «محتملَ السقوط».

تمكينِها من ابنِ الزّوجِ أو تقبيلِها إذا كبُرَتْ فهي بالإرضاعِ أكّدَتْ نصفَ (المهرِ) [١] بحيثُ لا يحتملُ السُّقوطَ فصارتْ مُتْلِفةً عليه مالَه فتَضْمَنُ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّها وإنْ تعمّدَتِ الفسادَ فهي صاحِبةُ شرطٍ في ثُبوتِ الفُرْقةِ؛ لأنّ عِلّةَ الفُرْقةِ هي الارْتِضاعُ للصّغيرةِ لما بيّنّا والحُكمُ يُضافُ إلى العِلّةِ لا إلى الشّرطِ على أنّ إرضاعَها إنْ كان سببَ الفُرْقةِ فهو سببٌ محضٌ؛ لأنّه طرأ عليه فعلٌ اختياريٌّ وهو ارْتِضاعُ الصّغيرةِ والسّببُ إذا اعترَضَ عليه فعلٌ اختياريٌّ يكونُ سببًا محضًا، والسّببُ المحضُ لا حُكمَ له وإنْ كان صاحِبُ السّببِ مُتعمِّدًا في مُباشرةِ السّببِ كفَتْحِ باب الإصْطَبْلِ والقفَصِ حتّى خرجتِ الدّابّةُ وضَلّتْ أو طارَ الطّيْرُ وضاعَ؛ ولأنّ الضّمانَ لو وجَبَ عليها إمّا أنْ يجبَ بإتْلافِ ملكِ النّكاحِ أو بإتْلافِ الصّداقِ أو بتأكيدِ نصفِه على الزّوجِ.

ولا وجهَ للأوّلِ؛ لأنّ ملكَ النّكاحِ غيرُ مَضْمونٍ بالإتْلافِ على أصلِنا ولا وجهَ للثّاني؛ لأنّها ما أتْلَفَتِ الصّداقَ بل أسقَطَتْ نصفَه والنِّصفُ الباقي بقيَ واجِبًا بالنّكاحِ السّابقِ ولا وجهَ للثّالِثِ؛ لأنّ التّأكيدَ لا يُماثِلُ التّفويتَ فلا يكونُ اعتِداءً بالمثلِ.

ولأبي حنيفةَ: وأبي يوسُفَ أنّ الكبيرةَ وإنْ كانت مُحَصِّلةً شرطَ الفُرْقةِ، وعِلّةُ الفُرْقةِ من الصّغيرةِ كما ذَكَرَه محمّدٌ لكنّ الأصلَ أنّ الشّرطَ مع العِلّةِ إذا اشتركا في الحظْرِ والإباحةِ أي في سببِ المُؤاخَذةِ وعَدَمِه فإضافةُ الحُكمِ إلى العِلّةِ أولى من إضافتِه إلى الشّرطِ.

فأمّا إذا كان الشّرطُ محظورًا والعِلّةُ غيرَ موصوفةٍ بالحظْرِ فإضافةُ الحُكمِ إلى الشّرطِ أولى من إضافَتِه إلى العِلّةِ كما في حفر [٢] البئرِ على قارِعةِ الطّريقِ فالكبيرةُ إذا لم تَكُنْ تَعمّدَتِ الفسادَ فقد استوَى الشّرطُ والعِلّةُ في عَدَمِ الحظْرِ فكانتِ الفُرْقةُ مُضافةً إلى العِلّةِ وهي ارْتِضاعُها وإنْ كانت تَعمّدَتِ الفسادَ؛ كان الشّرطُ محظورًا وهو إرضاعُ [٣] الكبيرةِ والعِلّةُ غيرُ موصوفةٍ بالحظْرِ وهي ارْتِضاعُ الصّغيرةِ فكان إضافةُ الحُكمِ إلى الشّرطِ أولى.

وإذا أُضيفَتِ الفُرْقةُ إلى الكبيرةِ عندَ تَعمُّدِها الفسادَ ووَجَبَ نصفُ المهرِ للصّغيرةِ على الزّوجِ ابتِداءً مُلازِمًا للفُرْقةِ؛ صارتِ الفُرْقةُ الحاصِلةُ منها كأنّها عِلّةٌ لوجوبه لا أنّه بقيَ النِّصفُ بعدَ الفُرْقةِ واجِبًا بالنّكاحِ السّابقِ؛ لأنّ ذلك قولٌ بتخصيصِ العِلّةِ؛ لأنّه قولٌ ببقاءِ

---

(١) في المخطوط: «الصداق عليه».
(٢) في المطبوع: «حقّ».
(٣) في المخطوط: «ارتضاع».

نصفِ المهرِ مع وجودِ العِلّةِ المُسْقِطةِ لكُلِّه وإنّه باطِلٌ فصارتِ الكبيرةُ مُتْلِفةً هذا القدرَ من [٢/ ١٣٦أ] المالِ على الزّوجِ؛ إذِ الأداءُ مبنيٌّ على الوجوب فيَثْبُتُ له حقُّ الرُّجوعِ عليها ولهذا المعنى وجَبَ الضّمانُ على شُهودِ الطّلاقِ قبل الدُّخولِ إذا رَجَعوا بالإجماعِ بخلافِ ما إذا لم تَتَعَمّدِ الفسادَ؛ لأنّ عندَ عَدَمِ التّعَمُّدِ لا تكونُ الفُرْقةُ مُضافةً إلى فعلِ الكبيرةِ فلم يوجدْ منها عِلّةُ وجوب نصفِ المهرِ على الزّوجِ فلا يرجعُ عليها .

وأمّا مسألةُ فتْحِ باب الإصْطَبْلِ والقفَصِ فكَما يَلْزَمُها يَلْزَمُ محمّدًا لأنّ عندَه يَضْمَنُ الفاتِحُ وإنِ اعترَضَ على الفتْحِ (فعل اختياري) [1]؛ فقد خرج الجوابُ عن الباقي فافْهَم.

ثُمّ تَعَمُّدُ الفسادِ يَثْبُتُ بثلاثةِ أشياءَ [2]: بعلمِها بنِكاحِ الصّغيرةِ، وعلمِها بفَسادِ النِّكاحِ بإرضاعِها وعَدَمِ الضّرورةِ وهي ضَرورةُ خَوْفِ الهَلاكِ على الصّغيرةِ لو لم تُرْضِعْها، والقولُ قولُها [في أنّها لم تَتَعَمّدِ الفسادَ مع يمينِها؛ لأنّ الزّوجَ بدَعْوَى تَعَمُّدِ الفسادِ يَدّعي عليها الضّمانَ وهي تُنْكِرُ فكان القولُ قولَها] [3].

وعلى هذا حُكمُ المهرِ والرُّجوعِ في المسائلِ المُتَقَدِّمةِ من الاتِّفاقِ والاختلافِ، وَلو تزوّجَ كبيرةً وصَغيرَتَيْنِ فأرضَعَتْهما الكبيرةُ فإنْ أرضَعَتْهما مَعًا حُرِّمْنَ عليه؛ لأنّهما جميعًا صارتا بنتَيْنِ للمُرْضِعةِ فصار جامِعًا بينهُنّ نِكاحًا فحُرِّمْنَ عليه، ولا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَ الكبيرةَ أبَدًا [سَواءٌ كان دخلَ بها أو لم يدخل بها] [4]؛ لأنّها أُمُّ مَنْكوحَتِه فتَحْرُمُ بنفسِ العقدِ على البنتِ . ولا يجوزُ له أنْ يَجْمع بين الصّغيرَتَيْنِ نِكاحًا أبَدًا؛ لأنّهما صارتا أُخْتَيْنِ من الرّضاعِ ويجوزُ أنْ يَتزوّجَ بإحداهما إنْ كان لم يدخل بالكبيرةِ؛ لأنّها رَبيبَتُه من الرّضاعِ فلا تَحْرُمُ بمُجَرّدِ العقدِ على الأُمِّ كما في النّسَب، وإنْ كان قد دخلَ بها؛ لا يجوزُ كما في النّسَب وإنْ أرضَعَتْهما على التّعاقُب: واحدةً بعدَ أُخرى فقد حَرُمَتِ الكبيرةُ مع الصّغيرةِ الأولى؛ لأنّها لَمّا أرضَعَتِ الأولى صارتْ بنتًا لها فحَصَلَ الجمْعُ بين الأُمِّ والبنتِ فبانَتا منه.

وأمّا الصّغيرةُ الثّانيةُ: فإنّما [5] أرضَعَتْها بعدَ ما بانَتِ الكبيرةُ فلم يصِرْ جامِعًا لكنّها

---

(١) في المخطوط: «فعلاً اختياريًا».
(٢) في المخطوط: «أمور».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فإنها».

رَبيبَتُه من الرّضاعِ فإنْ كان قد دخلَ بأُمِّها تَحرُمُ عليه وإلاّ فلا ولا يجوزُ نِكاحُ الكبيرةِ بعدَ ذلك ولا الجمْعُ بين الصّغيرَتَيْنِ لما ذَكَرْنا.

ولو تزوّجَ كبيرةً وثلاثَ صَبيّاتٍ فأرضَعَتْهُنّ على التّعاقُب واحدةً بعدَ أُخرى حَرُمْنَ عليه جميعًا؛ لأنّها لَمّا أرضَعَتِ الأولى صارتْ بنتًا لها فحَصَلَ الجمْعُ بين الأمِّ والبنتِ فحُرِّمَتا عليه، فلما [(١)] أرضَعَتِ الثّانيةَ فقد أرضَعَتْها والكبيرةُ والصّغيرةُ الأولى مُبانَتانِ فلا يَحْرُمُ بسبب الجمْعِ لعَدَمِ الجمْعِ ولكنْ يُنْظَرُ إنْ كان قد دخلَ بالكبيرةِ تَحْرُمُ عليه للحالِ؛ لأنّها رَبيبَتُه وقد دخلَ بأُمِّها وإنْ كان لم يدخل بأُمِّها [(٢)] لا تَحْرُمُ عليه للحالِ حتّى تُرْضِعَ الثّالِثةَ فإذا أرضَعَتِ الثّالِثةَ حُرِّمَتا عليه؛ لأنّهما صارتا أُخْتَيْنِ والحُكمُ في تزوُّجِ الكبيرةِ بعدَ ذلك والجمْعُ بين صَغيرَتَيْنِ وتزوُّجِ [إحدى] [(٣)] الصّغائرِ [على نحو] [(٤)] ما ذَكَرْنا.

ولو تزوّجَ صَغيرَتَيْنِ وكَبيرَتَيْنِ فعَمَدَتِ الكبيرَتانِ إلى إحدى الصّغيرَتَيْنِ فأرضَعَتاها [(٥)] إحداهما بعدَ أُخرى ثُمّ أرضَعَتا الصّغيرةَ الثّانيةَ واحدةً بعدَ أُخرى بانَتِ الكبيرَتانِ والصّغيرةُ الأولى والصّغيرةُ الثّانيةُ امرأتُه؛ لأنّهما لَمّا أرضَعَتا الصّغيرةَ الأولى صارتْ كُلُّ واحدةٍ من الكبيرَتَيْنِ أُمّ امرأتِه فصارتِ الصّغيرةُ بنتَ امرأتِه فصار جامِعًا بينهُنّ فحُرِّمْنَ عليه فلَمّا أرضَعَتا الثّانيةَ فقد أرضَعَتاها بعدَ ثُبوتِ البينونةِ فلم يصِرْ جامِعًا فلا تَحْرُمُ هذه الصّغيرةُ بسبب الجمْعِ ولكنّها ابنةُ مَنْكوحةٍ كانت له، فإنْ كان لم يدخل بها لا تَحْرُمُ عليه وإنْ كان قد دخلَ بها تَحْرُمُ ولا يجوزُ له نِكاحُ واحدةٍ من الكبيرَتَيْنِ بعدَ ذلك بحالٍ والأمرُ في جَوازِ نِكاحِ الصّغيرةِ الأولى على التّفصيلِ الذي مَرّ.

ولو كانت إحدى الكبيرَتَيْنِ أرضَعَتِ الصّغيرَتَيْنِ واحدةً بعدَ الأُخرى ثُمّ أرضَعَتِ الكبيرةُ الأُخرى الصّغيرَتَيْنِ واحدةً بعدَ الأُخرى يُنْظَرُ إنْ كانتِ الكبيرةُ الأخيرةُ بَدَأَتْ بالتي بَدَأَتْ بها الكبيرةُ الأولى؛ بانَتِ الكبيرَتانِ والصّغيرةُ الأولى والصّغيرةُ الأُخرى امرأتُه وإنْ كانت بَدَأَتْ بالتي لم تَبْدَأْ بها الأولى حُرِّمْنَ عليه جميعًا وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الكبيرةَ الأولى لَمّا أرضَعَتِ الصّغيرةَ الأولى فقد صارتْ بنتَها فحَصَلَ الجمْعُ بين الأمِّ والبنتِ فحُرِّمَتا

---

(١) في المطبوع: «ولما».
(٢) في المخطوط: «بها».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فأرضعتها».

[جميعًا] (١) عليه؛ فلَمّا أرضَعَتِ الأُخرى أرضَعَتْها وهي أجنَبيّةٌ فلم يتحقّقِ الجمْعُ لكنْ صارتِ الأُخرى رَبيبَتَه . فإنْ كان لم يدخل بأُمِّها لا تَحْرُمُ، وإنْ كان قد دخلَ بها تَحْرُمُ فلَمّا جاءَتِ الكبيرةُ الأخيرةُ فأرضَعَتِ الصّغيرةَ الأولى فقد صارتْ أُمّ مَنْكوحَتِه فحُرِّمَتْ عليه فلَمّا أرضَعَتِ الصّغيرةَ الأُخرى فقد أرضَعَتْها وهي أجنَبيّةٌ فصارتْ رَبيبَتَه فلا تَحْرُمُ إذا كان لم يدخل بأُمِّها، وإنْ كان قد دخلَ بأُمِّها (٢) [٢/ ١٣٦ب] تَحْرُمُ وإنْ كانتِ الكبيرةُ الأخيرةُ بَدَأتْ بالتي لم تَبْدَأ بها الكبيرةُ الأولى فقد صارتْ بنتًا لها فصار (جامعًا بين الأم والبنت) (٣) فحُرِّمَتا عليه كما حُرِّمَتِ الكبيرةُ الأولى مع الصّغيرةِ الأولى فحُرِّمْنَ جميعًا .

ولو كان تحتَه صَغيرةٌ وكَبيرةٌ فأرضَعَتْ أُمُّ الكبيرةِ الصّغيرةَ بانَتا؛ لأنّهما صارتا أُخْتَيْنِ وكذا إذا أرضَعَتْ أُخْتُ الكبيرةِ الصّغيرةَ؛ لأنّها صارتْ بنتَ أُخْتِ امرأتِه والجمْعُ بين المرأةِ وبين بنتِ أُخْتِها لا يجوزُ في الرّضاعِ كما لا يجوزُ في النّسَب ولو أرضَعَتْها عَمّةُ الكبيرةِ أو خالَتُها لم تَبن؛ لأنّها صارتْ بنتَ (عَمّةِ امرأتِه) (٤) أو بنتَ خالَتِها ويجوزُ للإنسانِ أنْ يَجْمع بين امرأةٍ وبين بنتِ عَمّتِها أو بنتِ خالَتِها في النّسَب فكذا في الرّضاعِ .

ولو طَلّقَ رجلٌ امرأته ثلاثًا ثُمّ أرضَعَتِ المُطَلّقةُ قبل انقِضاءِ عِدّتِها امرأةً له صَغيرةً بانَتِ الصّغيرةُ؛ لأنّها صارتْ بنتًا لها (٥) فحَصَلَ الجمْعُ في حالِ العِدّةِ والجمْعُ في حالِ قيامِ العِدّةِ كالجمْعِ في حالِ قيامِ النّكاحِ .

ولو زوّجَ ابنَه وهو صَغيرٌ امرأةً لها لبنٌ فارْتَدّتْ وبانَتْ من الصّبيِّ ثُمّ أسلَمَتْ فتزوّجَها رجلٌ فحَبلَتْ منه ثُمّ أرضَعَتْ بلبنِها ذلك الصّبيّ الذي كان زوجَها حُرِّمَتْ على زوجِها الثّاني كذا رَوَى بِشْرُ بنُ الوليدِ عن محمّدٍ؛ لأنّ ذلك الصّبيّ صار ابنًا لزوجِها فصارتْ هي مَنْكوحةَ ابنِه من الرّضاعِ فحُرِّمَتْ عليه . ولو زوّجَ رجلٌ أُمّ ولدِه مَمْلوكًا له صَغيرًا فأرضَعَتْه بلبنِ السّيّدِ حُرِّمَتْ على زوجِها وعلى مولاها؛ لأنّ الزّوجَ صار ابنًا (للمولى) (٦) فصارتْ هي موطوءةَ أبيه فتَحْرُمُ عليه ولا يجوزُ للمولى [أيضًا] (٧) أنْ يَطَأها بملكِ اليمينِ؛ لأنّها

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بها».
(٣) في المطبوع: «جامعها مع أُمِّها».
(٤) في المخطوط: «عمتها».
(٥) في المطبوع: «له».
(٦) في المطبوع: «لزوجها».
(٧) زيادة من المخطوط.

مَنْكوحةُ ابنِه ولو تزوّجَ صَغيرةً فطَلّقَها ثُمّ تزوّجَ كبيرةً لها لبنٌ فأرضَعَتْها حُرِّمَتْ عليه؛ لأنّها صارتْ أُمّ مَنْكوحةٍ كانت له فتَحْرُمُ بنِكاحِ البنتِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فَضلٌ [فيما يثبت به الرضاع]

وأمّا بيانُ ما يَثْبُتُ به الرّضاعُ -أي: يَظْهَرُ به- فالرّضاعُ يَظْهَرُ بأحدِ أمرَيْنِ:

أحدُهما: الإقرارُ.

والثّاني: البيِّنةُ.

أمّا الإقرارُ فهو أنْ يقولَ لامرأةٍ تزوّجَها: هي أُخْتي من الرّضاعِ أو أُمّي من الرّضاعِ أو بنتي من الرّضاعِ ويَثْبُتُ على ذلك يقر [١] عليه فيُفَرّقُ بينهما؛ لأنّه أقرّ ببُطْلانِ ما يملِكُ إبْطالَه للحالِ فيُصَدّقُ فيه على نفسِه، وإذا صُدِّقَ لا يَحِلُّ له وطْؤُها والاستمْتاعُ بها فلا يكونُ في إبْقاءِ [٢] النّكاحِ فائدةٌ فيُفَرّقُ بينهما سَواءٌ صَدّقَتْه أو كذّبَتْه؛ لأنّ الحُرْمةَ ثابتةٌ في زَعْمِه، ثُمّ إنْ كان قبل الدُّخولِ بها فلَها نصفُ المهرِ [٣] إنْ كذّبَتْه؛ لأنّ الزّوجَ مُصَدّقٌ على نفسِه لا عليها بإبْطال حقِّها في المهرِ، [وإن صَدَقَتْهُ فلا مهر لها لتصادقهما على أنه لا حَقَّ لها في المهر] [٤]، وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ بها فلَها كمالُ المهرِ والنّفَقةِ والسُّكنَى؛ لأنّه غيرُ مُصَدّقٍ [٥] بإبْطال حقِّها فإنْ أقرّ بذلك ثُمّ قال: أوهَمْت أو أخطَأت أو غَلِطْت أو نَسيت أو كذَبْت؛ فهما على النّكاحِ، ولا يُفَرّقُ بينهما عندَنا [٦].

وقال مالِكٌ [٧] والشّافعيُّ [٨]: يُفَرّقُ بينهما ولا يُصَدّقُ على الخطَأ وغيرِه.

وجه قولِهما: أنّه أقرّ بسبب الفُرْقةِ فلا يملِكُ الرُّجوعَ كما لو أقرّ بالطّلاقِ ثُمّ رَجَعَ بأنْ قال لامرأتِه: كُنْت طَلّقْتُك ثلاثًا ثُمّ قال: أوهَمْت، والدّليلُ عليه أنّه لو قال لأمَتِه: هذه امرأتي أو أُمّي [أو أُخْتي] [٩] أو ابنَتي ثُمّ قال: أوهَمْت؛ أنّه لا يُصَدّقُ وتعتِقُ كذا ههنا.

---

(١) في المطبوع: «ويصبر».
(٢) في المخطوط: «بقاء».
(٣) في المخطوط: «الصداق».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) زاد في المخطوط: «في حقها».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٢١)، مختصر الطحاوى (٢٢١).
(٧) مذهب المالكية: أنه يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ، انظر: المدونة (٢/ ٤١٢).
(٨) مذهب الشافعية: أنه يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ، انظر مختصر المزنى ص (٢٣٠).
(٩) ليست في المخطوط.

ولنا: أنّ الإقرارَ إخبارٌ فقولُه: هذه أُخْتي إخبارٌ منه أنّها لم تَكُنْ زوجَتَه قَطُّ لكَوْنِها مُحَرّمةً عليه على التّأبيدِ. فإذا قال: أوهَمْت صار كأنّه قال: ما تزوّجْتها ثُمّ قال: تزوّجْتها وصَدّقَتْه المرأةُ ولو قال ذلك؛ يُقَرّانِ على النّكاحِ كذا هذا بخلافِ الطّلاقِ؛ لأنّ قوله: كُنْت طَلّقْتُك ثلاثًا إقرارٌ منه بإنْشاءِ الطّلاقِ الثّلاثِ من جِهَتِه ولا يتحقّقُ إنْشاءُ الطّلاقِ إلاّ بعدَ صحّةِ النّكاحِ فإذا أقرّ ثُمّ رَجَعَ عنه لم يُصَدّقْ وبخلافِ قولِه لأمَتِه: هذه أُمّي أو ابنَتي؛ لأنّ ذلك لا يقتَضي نَفْيَ الملكِ في الأصلِ.

ألا تَرَى أنّها لو كانت أُمّه أو ابنَتَه حقيقةً جاز دُخولُها في ملكِه حتّى يقعَ العتقُ عليها من جِهَتِه، فتَضَمّنَ هذا اللّفْظُ منه إنْشاء العتقِ عليها فإذا قال: أوهَمْت لا يُصَدّقُ كما لو قال: هذه حُرّةٌ ثُمّ قال: أوهَمْت. وكذلك إذا أقَرّ الزّوجُ بهذا قبل النّكاحِ فقال: هذه أُخْتي من الرّضاعِ أو أُمّي أو ابنَتي وأصرّ على ذلك وداوَمَ عليه؛ لا يجوزُ له أنْ يَتزوّجَها ولو تزوّجَها يُفَرّقُ بينهما، ولو قال: أوهَمْت أو غَلِطْت جاز له أنْ يَتزوّجَها عندَنا لما قُلْنا ولو جَحَدَ الإقرارَ فشَهِدَ شاهدانِ على إقرارِه فُرّقَ بينهما.

وكذلك إذا أقَرّ بالنّسَب فقال: هذه أُمّي من النّسَب أو ابنَتي أو أُخْتي وليس لها نَسَبٌ معروفٌ وأنّها تَصْلُحُ بنتًا له أو أُمًّا له فإنّه يُسْأَلُ مَرّةً [٢/ ١٣٧أ] أُخرى فإنْ أصرّ على ذلك وثَبَتَ عليه يُفَرّقُ بينهما لظُهورِ النّسَب بإقرارِه مع إصْرارِه عليه، وإنْ قال: أوهَمْت أو أخطَأت أو غَلِطْت، يُصَدّقُ ولا [1] يُفَرّقُ بينهما عندَنا لما قُلْنا، وإنْ كان لها نَسَبٌ معروفٌ أو لا تَصْلُحُ أُمًّا أو بنتًا له، لا يُفَرّقُ بينهما وإنْ دامَ على ذلك؛ لأنّه كاذِبٌ في إقرارِه بيَقينٍ، واللّه أعلَمُ.

وأمّا البيّنةُ: فهي أنْ يَشْهَدَ على الرّضاعِ رجلانِ أو رجلٌ وامرأتانِ ولا يُقْبَلُ على [2] الرّضاعِ أقَلُّ من ذلك ولا شهادةُ النِّساءِ بانفِرادِهِنّ، وهذا عندَنا [3].

وقال الشّافعيُّ: يُقْبَلُ فيه شهادةُ أربعِ نسوةٍ [4].

---

(١) زاد في المخطوط: «فإنه». (٢) في المخطوط: «في».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٥٢٩)، المبسوط (٥/ ١٣٧، ١٣٨)، شرح فتح القدير (٣/ ٤٦١)، الدر المختار (٣/ ٢٢٤، ٢٢٥).

(٤) مذهب الشافعية: أنه يثبت الرضاع بشهادة رجلين، وبرجل وامرأتين، وبأربع نسوة كالولادة ولا يثبت بدون أربع نسوة، انظر: الحاوي الكبير (١٤/ ٤٦٤)، الوسيط (٦/ ١٩٨)، الوجيز (٢/ ١٠٩)، روضة

وجه قوله: أنّ الشّهادةَ على الرّضاعِ شهادةٌ على عَوْرةٍ؛ إذْ لا يُمْكِنُ تَحَمُّلُ الشّهادةِ إلاّ بعدَ النّظَرِ إلى الثّدْيِ وإنّه عَوْرةٌ فيُقْبَلُ فيه شهادةُ النِّساءِ على الانفِرادِ كالوِلادةِ.

ولنا ما رَوَى محمّدٌ عن عِكرِمةَ بنِ خالِدٍ المخْزوميِّ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: لا يُقْبَلُ على الرّضاعِ أقَلُّ من شاهدَيْنِ وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ ولم يَظْهَرِ التّكيرُ [١] من أحدٍ؛ فيكونَ إجماعًا ولأنّ هذا بابٌ مِمّا يَطّلِعُ عليه الرِّجالُ فلا يُقْبَلُ فيه شهادةُ النِّساءِ (على الانفِرادِ) [٢] كالمالِ وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّ الرّضاعَ مِمّا يَطّلِعُ عليه الرِّجالُ أمّا ثَدْيُ الأمةِ فلأنّه يجوزُ للأجانِبِ النّظَرُ إليه. وأمّا ثَدْيُ الحُرّةِ فيجوزُ لمَحارِمِها النّظَرُ إليه فثَبَتَ أنّ هذه شهادةٌ مِمّا [٣] يَطّلِعُ عليه الرِّجالُ فلا يُقْبَلُ فيه (شهادةُ النِّساءِ) [٤] على الانفِرادِ؛ لأنّ قَبول شهادَتِهِنّ بانفِرادِهِنّ في أُصولِ الشّرعِ للضّرورةِ وهي ضَرورةُ عَدَمِ اطّلاعِ الرِّجالِ على المشْهودِ به فإذا جاز الاطّلاعُ عليه في الجملةِ لم تَتَحقّقِ الضّرورةُ بخلافِ الوِلادةِ فإنّه لا يجوزُ لأحدٍ [فيها] [٥] من الرِّجالِ الاطّلاعُ عليها فدَعَتِ الضّرورةُ إلى القبولِ.

فإذا شَهِدَتِ امرأةٌ على الرّضاعِ فالأفْضَلُ للزّوجِ أنْ يُفارِقَها لما رُوِيَ عن محمّدٍ أنّ عُقْبةَ بنَ الحارِثِ قال: تزوّجْت بنتَ أبي إهابٍ فجاءَتِ امرأةٌ سَوْداءُ فقالت: إنّي أرضَعْتُكُما فذَكَرَتْ [٦] ذلك لرسولِ اللّه ﷺ فقال ﷺ: «فَارِقْهَا» فقُلْت إنّها امرأةٌ سَوْداءُ وإنّها كيْت وكَيْت فقال ﷺ: «كَيفَ وَقَدْ قِيلَ» [٧].

وفي بعضِ الرِّواياتِ قال عُقْبةُ فذَكَرْت ذلك لرسولِ اللّه ﷺ فأعرَضَ ثُمّ ذَكَرْتُه فأعرَضَ حتّى قال في الثّالِثةِ أو الرّابعةِ: «فَدَعْهَا إذًا» وقولُه: «فَارِقْهَا أَوْ فَدَعْهَا إذًا» نَدْبٌ إلى الأفْضَلِ والأولى.

الطالبين (٩/ ٣٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٢٤).

(١) في المخطوط: «التكذيب».
(٢) في المخطوط: «بانفرادهن».
(٣) في المخطوط: «على ما».
(٤) في المخطوط: «شهادتهن».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فذكر».
(٧) رواه البخاري، كتاب الشهادات، باب شهادة المرضعة، حديث (٢٦٦٠)، وأبو داود، كتاب: الأقضية، باب: الشهادة في الرضاع، حديث (٣٦٠٣)، والترمذي، حديث (١١٥١)، والنسائي، حديث (٣٣٣٠)، وابن حبان (١٠/ ٣٢)، حديث (٤٢١٨)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٧٧)، حديث (١٨)، والحميدي في مسنده (١/ ٢٦٣)، حديث (٥٧٩)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٥٢)، حديث (٩٧٢)، وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٦)، حديث (١٦٥٩)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٢٥١)، حديث (٢١٧٥).

ألا تَرَى أنّه ﷺ لم يُفَرِّقْ بينهما بل أعرَضَ ولو كان التّفريقُ واجبًا لفرق ولَما أعرَضَ فدَلّ قولُه ﷺ: «فارِقْها» على بقاءِ النِّكاحِ، ورُوِيَ أنّ رجلًا تزوّجَ امرأةً فجاءَتِ امرأةٌ فزَعَمَتْ أنّها أرضَعَتْهما فسَألَ الرّجُلُ عليًّا رضي الله عنه فقال هي امرأتُك ليس أحدٌ يُحَرِّمُها عليك فإنْ تَنَزّهْت فهو أفْضَلُ وسَألَ ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما فقال له مثلَ ذلك ولأنّه يُحْتَمَلُ أنْ تكونَ صادِقةً في شهادَتِها فكان الاحتياطُ هو المُفارَقةَ. وإذا فارَقَها فالأفْضَلُ له أنْ يُعْطيَها نصفَ المهرِ إنْ كان قبل الدُّخولِ بها لاحتمالِ صحّةِ النِّكاحِ لاحتمالِ كذِبها في الشّهادةِ والأفْضَلُ لها أنْ تَأخُذَ شيئًا منه لاحتمالِ فسادِ النِّكاحِ لاحتمالِ صِدْقِها في الشّهادةِ وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ [بها] [1] فالأفْضَلُ للزّوجِ أنْ يُعْطيَها كمالَ المهرِ والنّفَقةِ والسُّكنَى لاحتمالِ جَوازِ النِّكاحِ والأفْضَلُ لها أنْ تَأخُذَ الأقَلّ من مَهْرِ مثلِها ومن المُسَمّى ولا تَأخُذُ النّفَقةَ والسُّكنَى لاحتمالِ الفسادِ وإنْ لم يُطَلِّقْها فهو في سَعةٍ من المُقامِ معها؛ لأنّ النِّكاحَ قائمٌ في الحُكمِ، وكذا إذا شَهِدَتِ امرأتانِ أو رجلٌ وامرأةٌ أو رجلانِ غيرُ عَدْلَيْنِ أو رجلٌ وامرأتانِ وهم غيرُ عُدولٍ لما قُلْنا.

وإذا شَهِدَ رجلانِ عَدْلانِ أو رجلٌ وامرأتانِ وفُرِّقَ بينهما فإنْ كان قبل الدُّخولِ بها فلا شيءَ لها؛ لأنّه تَبيّنَ أنّ النِّكاحَ كان فاسِدًا وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ بها يجبُ الأقَلُّ من المُسَمّى ومن مَهْرِ المثلِ ولا تجبُ لها النّفَقةُ والسُّكنَى في سائرِ الأنْكِحةِ الفاسِدةِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

* * *

(١) زيادة من المخطوط.

كتاب النفقات



كِتاب النفقاتِ[١] [٢]

النفقات [٣] أنواعٌ أربعةٌ: نفقةُ الزّوجاتِ، ونفقةُ الأقارِب، ونفقةُ الرّقيقِ، ونفقةُ البهائمِ والجماداتِ.

أمّا نفقةُ الزّوجاتِ: فالكلامُ فيها يقعُ في مواضِعَ:

في بيانِ وجوبها.

وفي بيانِ سبب الوجوب.

وفي بيانِ شرائطِ الوجوب.

وفي بيانِ مِقْدارِ الواجِب منها.

وفي بيانِ كيْفيّةِ وجوبها.

وفي بيانِ ما يُسْقِطُها بعدَ وجوبها وصَيْرورَتِها دَيْنًا في الذِّمّةِ.

أمّا وجوبُها: فقد دَلّ عليه الكِتابُ والسُّنّةُ والإجماعُ والمعقولُ.

أمّا الكِتابُ [العزيزُ:] [٤] فقولُه عزّ وجلّ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]

---

(١) في المطبوع: «النفقة».

(٢) النفقة لغة: اسم من الإنفاق، وهو الإخراج. قال التهانوي: والتركيب يدل على المضي بالبيع، نحو: نفق المبيع نفاقًا: أي راج أو بالموت نحو: نفقت الدابة نفوقا: أي ماتت، أو بالفناء، نحو نفقت الدراهم نفقا: أي فنيت. وقيل: النفقة: ما يبذل المرء تبرعًا أو على أهله، أو في سبيل الله، والجمع: نفقات قال الله تعالى: ﴿وَمَا مَنَعَهُمْ أَن تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَٰتُهُمْ إِلَّآ أَنَّهُمْ كَفَرُوا۟﴾ [التوبة: ٥٤].

وشرعًا: هي الطعام والكسوة والسكنى (الإمام محمد) وكذا في «الخلاصة». وتجب بأسباب ثلاثة:

١- زوجية.

٢- قرابة.

٣- مِلْك.

قال ابن عرفة: «ما به قوام معتاد مال الآدمي دون سرف» وكذا في «الكوكب» هي كفاية مَنْ يَمُونُهُ خبزًا، وإدامًا، وكسوة، ومسكنًا وتوابعها، انظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/ ٤٣٢- ٤٣٣).

(٣) في المطبوع: «النفقة».

(٤) ليست في المخطوط.

أي: على قدرِ ما يجدُه أحدُكُم من السّعةِ والمقدِرةِ والأمرُ بالإسكانِ أمرٌ بالإنْفاقِ [٢/ ١٣٧ب]؛ لأنّها لا تَصِلُ إلى النّفَقةِ إلاّ بالخُروجِ والاكتِساب وفي حَرْفِ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه «أسكِنوهنّ من حيثُ سَكَنتُم وأنفِقوا عليهِنّ من وُجدِكُم» وهو نصٌّ وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق:٦] أي: لا تُضارّوهُنّ في الإنْفاقِ عليهِنّ فتُضَيِّقوا عليهِنّ النّفَقةَ فيَخرُجْنَ أو لا تُضارّوهُنّ في المسكَنِ فتدخلوا عليهِنّ من غيرِ استِئذانٍ فتُضيّقوا [(١)] عليهِنّ المسكَنَ فيَخْرُجْنَ.

وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]. وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨] قِيلَ: هو المهرُ والنّفَقةُ.

وأمّا السُّنّة: فما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: **«اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ لَا يَمْلِكْنَ لِأَنْفُسِهِنَّ شَيْئًا [وَإِنَّما] [(٢)] أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقٌّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا وَلَا يَأْذَنَّ [(٣)] فِي بُيُوتِكُمْ لِأَحَدٍ تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ خِفْتُمْ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ [ضَرْبًا] [(٤)] غَيْرَ مُبَرِّحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ كِسْوَتُهُنَّ وَرِزْقُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ثُمَّ قَالَ ثَلَاثًا: أَلَا هَلْ بَلَّغْت»** [(٥)] ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ هذا الحديثُ تَفْسيرًا لما أجمَلَ الحقُّ في قولِه: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨] فكان الحديثُ مُبيّنًا لما في الكِتاب أصلُه.

ورُوِيَ أنّ رجلاً جاءَ إلى رسولِ اللّه ﷺ فقال ما حقُّ المرأةِ على الزّوجِ؟ فقال ﷺ: **«يُطْعِمُهَا إذَا طَعِمَ وَيَكْسُوهَا إذَا كُسِيَ وَأَنْ لَا يَهْجُرَهَا إلَّا فِي الْمَبِيتِ وَلَا يَضْرِبَهَا وَلَا يُقَبِّحْ»** [(٦)] وقال

---

(١) في المخطوط: «فيضيق».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يؤذن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) أخرجه أحمد (٢٠١٧٢)، وقال الهيثمي في المجمع (٣/ ٢٦٦): روى أبو داود منه ضرب النساء فقط، ورواه أحمد، وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين، وفيه علي بن زيد وفيه كلام. قلت: وروى بعضه مسلم في كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ، حديث (١٢١٨)، وأبو داود، حديث (١٩٠٥)، والترمذي، حديث (١١٦٣)، وابن ماجه، حديث (٣٠٧٤).
(٦) صحيح: رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، حديث (٢١٤٢)، وابن ماجه، حديث (١٨٥٠)، وابن حبان (٩/ ٤٨٢)، حديث (٤١٧٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٠٤)، حديث (٢٧٦٤)، وابن حبان كما في موارد الظمآن ص (٣١٣)، حديث (١٢٨٦)، والبيهقي في الكبرى

النّبيُّ ﷺ لهِنْدٍ امرأةِ أبي سُفْيانَ: «خُذِي مِن مَالِ أَبِي سُفيَانَ مَا يَكْفِيك وَوَلَدَك بِالْمَعْرُوفِ»[1] ولو لم تكُنِ النّفَقةُ واجِبةً لم يُحْتَمَلْ أنْ يأذَنَ لها بالأخذِ من غيرِ إذنِه.

وأمّا الإجماعُ: فلأنّ الأُمّةَ أجمعتْ على هذا.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ المرأةَ محبوسةٌ بحَبْسِ النّكاحِ حقًّا للزّوجِ مَمْنوعةٌ عن الاكتِساب بحقِّه فكان نَفْعُ حَبْسِها عائدًا إليه فكانت كِفايَتُها عليه كقولِه ﷺ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[2] ولأنّها إذا كانت محبوسةً بحَبْسةٍ مَمْنوعةٍ عن الخُروجِ للكَسْب لحقه فلو لم يكنْ كِفايَتُها عليه لهَلَكَتْ ولهذا جُعِلَ للقاضي رِزْقٌ في بيتِ مالِ المسلمينَ [لحقِّهم][3]؛ لأنّه محبوسٌ لجِهَتِهم مَمْنوعٌ عن الكسْب فجُعِلَتْ نفقَتُه في مالِهم وهو (بيتُ المالِ)[4] كذا ههنا.

فَصْلٌ [في سبب الوجوب]

وأمّا سببُ وجوب هذه النّفَقةِ: فقد اختلف العلماءُ فيه قال أصحابُنا: سببُ وجوبها استِحْقاقُ الحبْسِ الثّابتِ بالنّكاحِ للزّوجِ عليها.

(٧/ ٢٩٥)، حديث (١٤٥٠٣)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٧٣)، حديث (٩١٧١)، والطبراني في الكبير (١٩/ ٤١٥)، حديث (٩٩٩)، عن معاوية بن حيدة رضي الله عنه. قلت: انظر التلخيص الحبير (٤/ ٧)، حديث (١٦٦١)، والإرواء (٢٠٣٣)، وصحيح الجامع (٣١٤٩).

(١) رواه البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث (٥٣٦٤)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب قضية هند، حديث (١٧١٤)، وأبو داود، حديث (٣٥٣٢)، والنسائي، حديث (٥٤٢٠)، وابن ماجه، حديث (٢٢٩٣)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ٦٨)، حديث (٤٢٥٥)، وأبو عوانة في مسنده (٢/ ١٦٤)، حديث (٦٣٨١)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٦٩)، حديث (٢١٠٨٦)، والدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٤)، حديث (١٠٨)، وأبو يعلى في مسنده (٨/ ٩٨)، حديث (٤٦٣٦)، والطبراني في الكبير (٢٥/ ٧١)، حديث (١٧٢).

(٢) حسن: رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥٠٨)، والترمذي، حديث (١٢٨٥)، والنسائي، حديث (٤٤٩٠)، وابن ماجه، حديث (٢٢٤٣)، وابن حبان (١١/ ٢٩٨)، حديث (٤٩٢٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩)، حديث (٢١٧٩)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٤٠٥)، حديث (٥٤٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٢١)، حديث (١٠٥١٩)، عن عائشة رضي الله عنها، وانظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٣)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٦٩)، حديث (١٥٢٣)، والإرواء (١٣١٥).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «مال بيت مالهم».

وقال الشّافعيُّ: السّبَبُ هو الزّوجيّةُ وهو كونُها زوجةً له ورُبّما قالوا: ملكُ النّكاحِ [للزّوجِ عليها] [١] ورُبّما قالوا: القوامية واحتَجّ بقولِه تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾ [النساء: ٣٤] أوجَبَ النّفَقةَ عليهم لكَوْنِهم قوّامينَ القوامية تَثْبُتُ بالنّكاحِ فكان سببَ وجوب النّفَقةِ النّكاحُ؛ لأنّ الإنْفاقَ على المَمْلوكِ من باب إصْلاحِ الملكِ واستِبْقائه فكان سببَ وجوبه الملكُ، كنفقةِ المماليكِ.

ولنا: أنّ حقّ الحبْسِ الثّابتِ للزّوجِ عليها بسبب النّكاحِ مُؤَثّرٌ في استِحْقاقِ النّفَقةِ لها عليه لما بيّنّا. فأمّا الملكُ فلا أثَرَ له؛ لأنّه قد قوبلَ بعِوَضٍ مَرّةً وهو المهرُ فلا يُقابَلُ بعِوَضٍ آخَرَ؛ إذِ العِوَضُ الواحدُ لا يُقابَلُ بعِوَضَيْنِ، (ولا حُجّةَ له في الآيةِ) [٢]؛ لأنّ فيها إثباتَ القوامية بسبب النّفَقةِ لا إيجابَ النّفَقةِ بسبب القوامية. وعلى هذا الأصلِ يَنْبَني أنّه لا نفقةَ على مسلمٍ في نِكاحٍ فاسِدٍ لانعِدامِ سبب الوجوب وهو حقُّ الحبْسِ الثّابتِ للزّوجِ عليها بسبب النِّكاحِ؛ [لأنّ حقّ الحبْسِ لا يَثْبُتُ في النِّكاحِ الفاسِدِ وكذا النِّكاحُ الفاسِدُ ليس بنِكاحٍ] [٣] حقيقةً وكذا في عِدّةٍ منه وإنْ ثَبَتَ حقُّ الحبْسِ؛ لأنّه لم يَثْبُتْ بسبب النّكاحِ لانعِدامِه [٤] وإنّما يَثْبُتُ لتَحصينِ الماءِ ولأنّ حالَ العِدّةِ لا يكونُ أقوى من حالِ النّكاحِ فلَمّا لم تجبْ في النّكاحِ فلأنْ لا تجبَ في العِدّةِ أولى.

وتجبُ في العِدّةِ من نِكاحٍ صَحيحٍ لوجودِ سبب الوجوب وهو استِحْقاقُ الحبْسِ للزّوجِ عليها بسبب النّكاحِ؛ لأنّ النّكاحَ قائمٌ من وجهٍ فتَسْتَحِقُّ النّفَقةَ كما كانت تَسْتَحِقُّها قبل الفُرْقةِ بل أولى؛ لأنّ حقّ الحبْسِ بعدَ الفُرْقةِ تَأكّدَ بحقّ الشّرعِ وتأكُّدُ السّبَب يوجِبُ تأكُّدَ الحُكمِ فلَمّا وجَبَتْ قبل الفُرْقةِ؛ فبعدَها أولى سَواءٌ كانتِ العِدّةُ عن فُرْقةٍ بطلاقٍ أو عن فُرْقةٍ بغيرِ طلاقٍ، من قِبَلِ الزّوجِ أو من قِبَلِ المرأةِ إلاّ [٥] إذا كانت من قِبَلِها بسببٍ محظورٍ استِحْسانًا.

وشرحُ هذه الجملةِ أنّ الفُرْقةَ إذا كانت من قِبَلِ الزّوجِ بطلاقٍ؛ فلَها النّفَقةُ والسُّكنَى [٢/ ١٣٨أ] سَواءٌ كان الطّلاقُ رَجْعيًا أو بائنًا وسَواءٌ كانت حامِلاً أو حائلاً بعدَ أنْ كانت

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وأما الآية فلا حجة له فيها».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لانعدام حقيقته».
(٥) في المخطوط: «لأنها».

مدخولاً بها عندَنا لقيامِ حقِّ حَبْسِ النِّكاحِ [١] .

وعندَ الشّافعيِّ : إنْ كانت مُطلّقةً طلاقًا رَجْعيًّا أو بائنًا وهي حامِلٌ فكذلك [٢] .

فأمّا المبتوتةُ إذا كانت حامِلاً فلَها السُّكنَى ولا نفقةَ لها لزوالِ النِّكاحِ بالإبانةِ وكان يَنْبَغي أنْ لا يكونَ لها السُّكنَى إلاّ أنّه ترك القياسَ في السُّكنَى بالنّصِّ وعندَ ابنِ أبي لَيْلى لا نفقةَ للمبتوتةِ ولا سُكنَى لها والمسألةُ ذُكِرَتْ في كِتاب الطّلاقِ في بيانِ أحْكامِ العِدّةِ وسَواءٌ كان الطّلاقُ ببَدَلٍ أو بغيرِ بَدَلٍ وهو الخُلْعُ والطّلاقُ على مالٍ لما قُلْنا .

ولو خالَعَها على أنْ يَبْرأ من النّفَقةِ والسُّكنَى، يَبْرأُ من النّفَقةِ ولا يَبْرأُ من السُّكنَى لكنّه يَبْرأُ عن مُؤْنةِ السُّكنَى؛ لأنّ النّفَقةَ حقُّها على الخُلوصِ وكذا مُؤْنةُ السُّكنَى فتملِكُ [٣] الإبْراءَ عن حقِّها فأمّا السُّكنَى ففيها حقُّ اللّه عَزّ وجَلّ فلا تملِكُ المُعْتَدّةُ إسقاطَه ولو أبْرأتْه عن النّفَقةِ من غيرِ خلع لا [٤] يصحُّ الإبْراءُ؛ لأنّ الإبْراءَ إسقاطُ الواجِب فيَسْتَدْعي تَقَدُّمَ الوجوب والنّفَقةُ تجبُ شيئًا فشيئًا على حَسَب مُرورِ الزّمانِ فكان الإبْراءُ إسقاطًا قبل الوجوب فلم يصحّ بخلافِ ما إذا اختَلَعَتْ نفسَها على نفقَتِها لما ذَكَرْناه في كتاب الخُلْعِ ولأنّها جَعَلَتِ الإبْراءَ عن النّفَقةِ عِوَضًا عن نفسِها في العقدِ ولا يصحُّ ذلك إلاّ بعدَ سابقةِ الوجوب فيُثْبتُ الوجوبُ مُقْتَضَى الخُلْعِ باصْطِلاحِهما كما لو اصْطَلَحا على النّفَقةِ أنّها تجبُ وتَصيرُ دَيْنًا في الذِّمّةِ كذا هذا .

وكذلك الفُرْقةُ بغيرِ طلاقٍ إذا كانت من قِبَلِه فلَها النّفَقةُ والسُّكنَى سَواءٌ كانت بسببٍ مُباحٍ كخيارِ البُلوغِ أو بسببٍ محظورٍ كالرِّدّةِ ووَطْءِ أُمِّها أو ابنَتِها أو تقبيلِهما بشهوةٍ بعدَ أنْ يكونَ بعدَ الدُّخولِ بها لقيامِ السّبَب وهو حقُّ الحبْسِ للزّوجِ عليها بسبب النِّكاحِ وإذا كانت من قِبَلِ المرأةِ فإنْ كانت بسببٍ مُباحٍ كخيارِ الإدْراكِ وخيارِ العنين وخيارِ عَدَمِ الكفاءةِ فكذلك لها النّفَقةُ والسُّكنَى، وإنْ كانت بسببٍ محظورٍ بأنِ ارْتَدّتْ أو طاوَعَتِ ابنَ زوجِها أو أباه أو لَمسَتْه بشهوةٍ؛ فلا نفقةَ لها استِحْسانًا ولها السُّكنَى وإنْ كانت مُسْتكرَهةً فلا

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٦٥١)، مختصر الطحاوى (ص ٢٢٣)، المبسوط (٥/ ٢٠١)، فتح القدير (٤/ ٤٠٣، ٤٠٤)، الاختيار (ص ٤٨)، البناية (٥/ ٥٢٦، ٥٢٧)، الدر المختار (٦٠٩).

(٢) مذهب الشافعية: أن لها السكنى في العدة ولا نفقة لها، انظر: الوسيط (٦/ ٢١٨)، الروضة (٩/ ٦٦)، مغني المحتاج (٣/ ٤٠١، ٤٤٠).

(٣) في المخطوط: «فيملك».

(٤) في المخطوط: «لم».

والقياسُ أنْ يكونَ لها النّفقةُ والسُّكنَى في ذلك كُلِّه .

وجه القياسِ: أنّ حقّ الحبْسِ قائمٌ وتَسْتَحِقُّ النّفَقةَ كما إذا كانتِ الفُرْقةُ من قِبَلِها بسببٍ مُباحٍ أو من قِبَلِ الزّوجِ بسببٍ مُباحٍ أو محظورٍ .

ولِلِاستِحْسانِ [١] وجهانِ :

أحدُهما: أنّ (حقّ الحبْسِ) [٢] قد بَطَلَ بردّتِها . ألا تَرَى أنّها تُحبَسُ بعدَ الرِّدّةِ جبْرًا لها على الإسلامِ [٣] لثُبوتِ (بقاءِ حقٍّ) [٤] النّكاحِ فلم تجبِ النّفَقةُ بخلافِ ما إذا كانتِ الفُرْقةُ بسببٍ مُباحٍ ؛ لأنّ هناك حَبْسَ النِّكاحِ قائمٌ فبقيَتِ النّفَقةُ وكذا إذا كانت من قِبَلِ الزّوجِ بسببٍ هو معصيةٌ ؛ لأنّها لا تُحْبَسُ بردّةِ الزّوجِ فيَبْقَى حَبْسُ النّكاحِ فتَبْقَى العِدّةُ لكنْ هذا يُشْكَلُ بما إذا طاوَعَتِ ابنَ زوجِها أو قَبّلَتْه بشهوةٍ ؛ أنّها لا تَسْتَحِقُّ النّفَقةَ وإنْ بقيَ حَبْسُ النِّكاحِ ما دامَتِ العِدّةُ قائمةً ولا إشْكالَ في الحقيقةِ ؛ لأنّ هناك عَدَمَ الاستِحْقاقِ لانعِدامِ شرطٍ من شرائطِ الاستِحْقاقِ وهو أنْ لا يكونَ الفُرْقةُ من قِبَلِها (حاصلة) [٥] بفعلٍ هو محظورٌ مع قيامِ السّبَب وهو حَبْسُ النّكاحِ فاندَفَعَ الإشْكالُ بحَمْدِ اللّه تعالى .

والثاني: أنّ حَبْسَ النّكاحِ إنّما أوجَبَ النّفَقةَ عليه صِلةً لها فإذا وقَعَتِ الفُرْقةُ بفعلِها الذي هو معصيةٌ لم (تَسْتَحِقّ الصِّلةَ) [٦] ؛ إذِ الجاني لا يَسْتَحِقُّ الصِّلةَ بل يَسْتَحِقُّ الزّجْرَ وذلك في الحِرْمانِ لا في الاستِحْقاقِ كمَنْ قَتَلَ مورِّثَه بغيرِ حقٍّ أنّه يُحْرَمُ الميراثَ لما قُلْنا كذا هذا بخلافِ ما إذا كانت مُسْتَكرَهةً على الوطْءِ ؛ لأنّ فعلَها ليس بجِنايةٍ فلا يوجِبُ حِرْمانَ الصِّلةِ وكذا إذا كانتِ الفُرْقةُ بسببٍ مُباحٍ وبخلافِ الزّوجِ ؛ لأنّ النّفَقةَ حقُّها قِبَلَ الزّوجِ فلا يُؤَثِّرُ فعلُه الذي هو معصيةٌ في إسقاطِ حقِّ الغيرِ فهو الفرقُ بين الفصلَيْنِ وإنّما لم تُحْرَمِ السُّكنَى بفعلِها الذي هو معصيةٌ لما قُلْنا إنّ في السُّكنَى حقّ اللّه تعالى فلا يحتملُ السُّقوطَ بفعلِ العبدِ، ولو ارْتَدّتْ في النِّكاحِ حتّى حُرِمَتِ النّفَقةَ ثُمّ أسلَمَتْ في العِدّةِ ؛ لا تَسْتَحِقُّ النّفَقةَ ولو ارْتَدّتْ في العِدّةِ ثُمّ أسلَمَتْ وهي في العِدّةِ تَعودُ النّفَقةُ .

ووَجْه الفرقِ: أنّ النّفَقةَ في الفصلِ الثّاني بقيَتْ واجِبةً بعدَ الفُرْقةِ قبل الرِّدّةِ لبقاءِ سبب

---

(١) في المخطوط : «وجه الاستحسان» .

(٢) في المخطوط : «حبس النكاح» .

(٣) زاد في المخطوط : «بالحبس» .

(٤) في المخطوط : «نفقات حبس» .

(٥) في المطبوع : «خاصة» .

(٦) في المخطوط : «تبق مستحقة للصلة» .

الوجوب وهو حَبْسُ النّكاحِ وقتَ وجوب العِدّةِ ثُمّ امتَنَعَ وجوبُها من بعدِ تَعارُضِ الرِّدّةِ فإذا عادَتْ إلى الإسلامِ فقد زالَ العارِضُ فتَعودُ النّفَقةُ .

وأمّا في الفصلِ الأوّلِ: فالنّفَقةُ لم تَبْقَ واجِبةً وقتَ وجوب العِدّةِ لبُطْلانِ سبب وجوبها بالرِّدّةِ [٢/ ١٣٨ب] في حقِّ حَبْسِ النّكاحِ ؛ لأنّ الرِّدّةَ أوجَبَتْ بُطْلانَ ذلك الحبْسِ فلا يَعودُ من غيرِ تَجْديدِ النّكاحِ فلا تَعودُ النّفَقةُ بدونِه .

والأصلُ في هذا أنّ كُلّ امرأةٍ لم تَبْطُلْ نفقَتُها بالفُرْقةِ ثُمّ بَطَلَتْ في العِدّةِ لعارِضٍ منها ثُمّ زالَ العارِضُ في العِدّةِ ؛ تَعودُ نفقَتُها وكُلُّ مَنْ بَطَلَتْ نفقتُها بالفُرْقةِ لا تَعودُ النّفَقةُ إليها في العِدّةِ وإنْ زالَ سببُ الفُرْقةِ [في العِدّةِ] (١) بخلافِ ما إذا نَشَزَتْ ثُمّ عادَتْ أنّها تَسْتَحِقُّ النّفَقةَ ؛ لأنّ النُّشوزَ لم يوجِبْ بُطْلانَ حقِّ الحبْسِ الثّابتِ بالنِّكاحِ وإنّما فوّتَ التّسْليمَ المُسْتَحقّ بالعقدِ فإذا عادَتْ فقد سَلّمَتْ نفسَها فاستَحقّتِ النّفَقةَ .

ولو طاوَعَتِ ابنَ زوجِها أو أباه في العِدّةِ أو لَمسَتْه بشهوةٍ فإنْ كانت مُعْتَدّةً من (٢) طلاقٍ وهو رَجْعيٌّ ؛ فلا نفقةَ لها لأنّ الفُرْقةَ ما وقَعَتْ بالطّلاقِ وإنّما وقَعَتْ بسببٍ وُجِدَ منها وهو محظورٌ وإنْ كان الطّلاقُ بائنًا أو كانت مُعْتَدّةً عن فُرْقةٍ بغيرِ طلاقٍ فلَها النّفَقةُ والسُّكنَى بخلافِ ما إذا ارْتَدّتْ في العِدّةِ أنّه لا نفقةَ لها إلى أنْ تَعودَ إلى الإسلامِ وهي في العِدّةِ؛ [لأنّ حَبْسَ النّكاحِ يَفوتُ بالرِّدّةِ ولا يَفوتُ بالمُطاوَعةِ والمسِّ] (٣) .

ولو ارْتَدّتْ في العِدّةِ ولحِقَتْ بدارِ الحرْب ثُمّ عادَتْ وأسلَمَتْ أو سُبيَتْ وأُعْتِقَتْ أو لم تُعْتَق ؛ فلا نفقةَ لها لأنّ العِدّةَ قد بَطَلَتْ باللّحاقِ بدارِ الحرْب ؛ لأنّ الرِّدّةَ مع اللّحاقِ بمنزلةِ الموتِ .

ولو طَلّقَ امرأتَه وهي أمةٌ طلاقًا بائنًا وقد كان المولى بَوّأها مع زوجِها بيتًا حتّى وجَبَتِ النّفَقةُ ثُمّ أخرجَها المولى لخدمَتِه حتّى سَقَطَتِ النّفَقةُ [فطلقها الزوج] (٤) ثُمّ أرادَ أنْ يُعيدَها إلى الزّوجِ ويأخُذَ النّفَقةَ ؛ كان له ذلك وإنْ لم يكنْ بَوّأها المولى بيتًا حتّى طَلّقَها الزّوجُ ثُمّ أرادَ أنْ يُبَوِّئَها مع الزّوجِ في العِدّةِ لتجبَ النّفَقةُ فإنّها لا تجبُ .

وجه الفرقِ: أنّ النّفَقةَ كانت واجِبةً في الفصلِ الأوّلِ لوجودِ سبب الوجوب - وهو

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «عن».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

الاحتِباسُ - وشرطِه وهو التّسْليمُ إلاّ أنّه لَمّا أخرَجَها إلى خدمَتِه فقد فوّتَ على الزّوجِ الاحتِباسَ الثّابتَ حقًّا له والتّسْليمَ؛ فامتَنَعَ وجوبُ النّفَقةِ حقًّا له، فإذا أعادَها إلى الزّوجِ عادَ حقُّه فيَعودُ حقُّ المولى في النّفَقةِ.

فأمّا في الفصلِ الثّاني: فالنّفَقةُ ما كانت واجِبةً في العِدّةِ لانعِدامِ سببِ الوجوب أو شرطِ الوجوب وهو التّسْليمُ فهو بالبينونةِ يُريدُ إلْزامَ الزّوجِ النّفَقةَ ابتِداءً في العِدّةِ فلا يملِكُ ذلك.

والأصلُ في ذلك: أنّ كُلّ امرأةٍ كانت لها النّفَقةُ يومَ الطّلاقِ ثُمّ صارتْ إلى حالٍ لا نفقةَ لها فيها؛ فلَها أنْ تَعودَ وتَأخُذَ النّفَقةَ، وكُلُّ امرأةٍ لا نفقةَ لها يومَ الطّلاقِ فليس لها نفقةٌ [أبَدًا] [1] إلاّ النّاشِزةَ وتَفْسيرُ ذلك والوجه فيه ما ذَكَرْنا ويَسْتَوي في نفقةِ المُعْتَدّةِ عِدّةُ الأقراءِ وعِدّةُ الأشهرِ وعِدّةُ الحمْلِ؛ لاستِواءِ الكُلِّ في سببِ الاستِحْقاقِ فيُنْفِقُ عليها ما دامَتْ في العِدّةِ.

وإنْ تَطاوَلَتِ المُدّةُ لعُذْرِ الحبَلِ أو لعُذْرٍ آخَرَ ويكونُ القولُ في ذلك قولَها؛ لأنّ ذلك أمرٌ يُعْرَفُ من قِبَلِها حتّى لو ادّعَتْ أنّها حامِلٌ أنْفَقَ عليها إلى سَنَتَيْنِ مُنْذُ طَلّقَها؛ لأنّ الولدَ يَبْقَى في البطْنِ إلى سَنَتَيْنِ فإنْ مَضتْ سَنَتانِ ولم تَضَعْ فقالت: كُنْتُ أتَوَهّمُ أنّي حامِلٌ ولم أحِضْ إلى (هذه الغايةِ) [2] وطَلَبَتِ النّفَقةَ لعُذْرِ امتِدادِ الطُّهْرِ وقال الزّوجُ: إنّك ادّعَيْت الحمْلَ فإنّما تجبُ علَيّ النّفَقةُ لعِلّةِ الحمْلِ، وأكثَرُ مُدّةِ الحمْلِ سَنَتانِ وقد مضى ذلك فلا نفقةَ علَيّ فإنّ القاضيَ لا يَلْتَفِتُ إلى قولِه ويُلْزِمُه النّفَقةَ إلى أنْ تَنْقضيَ عِدّتُها بالأقراءِ وتدخلَ في عِدّةِ الإياسِ؛ لأنّ أحدَ العُذْرَيْنِ [3] إنْ بَطَلَ وهو عُذْرُ الحمْلِ [4] فقد بقيَ الآخَرُ وهو عُذْرُ امتِدادِ الطُّهْرِ؛ إذِ المُمْتَدُّ طُهْرُها من ذَواتِ الأقراءِ وهي مُصَدّقةٌ في ذلك. فإنْ لم تَحِضْ حتّى دخلَتْ في حَدِّ الإياسِ أنْفَقَ عليها ثلاثةَ أشهرٍ فإنْ حاضَتْ في الأشهرِ الثّلاثةِ واستقبَلَتِ العِدّةَ بالحيضِ فلَها النّفَقةُ؛ لأنّها مُعْتَدّةٌ [5]، وكذلك لو كانت صَغيرةً يُجامَعُ مثلُها فطَلّقَها بعدَ ما دخلَ بها أنْفَقَ عليها ثلاثةَ أشهرٍ فإنْ حاضَتْ في الأشهرِ الثّلاثةِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «هذا العام».
(٣) في المخطوط: «العددين».
(٤) في المخطوط: «الحبل».
(٥) في المخطوط: «تعتد به».

واستقبَلَتْ عِدّةَ الأقراءِ أنْفَقَ عليها حتّى تَنْقضيَ عِدّتُها لما قُلْنا .

وإنْ طالَبَتْه امرأةٌ بالنّفَقةِ وقَدّمَتْه إلى القاضي فقال الرّجُلُ للقاضي : قد كُنْتُ طَلّقْتها مُنْذُ سَنةٍ وقد انقضَتْ عِدّتُها في هذه المُدّةِ وجَحَدَتِ المرأةُ الطّلاقَ فإنّ القاضيَ لا يقبَلُ قول الزّوجِ إنّه طَلّقَها مُنْذُ سَنةٍ، ولكنْ يقعُ الطّلاقُ عليها مُنْذُ أقرّ به عندَ القاضي ؛ لأنّه يُصَدّقُ في حقّ نفسِه لا في إبْطال حقّ الغيرِ فإنْ أقامَ شاهدَيْنِ على أنّه طَلّقَها مُنْذُ سَنةٍ والقاضي لا يعرِفُهما أمره القاضي بالنّفَقةِ وفَرَضَ لها عليه النّفَقةَ ؛ لأنّ الفُرْقةَ مُنْذُ سَنةٍ لم تَظْهَرْ بعدُ .

فإنْ (أقامَ بيّنةً عادِلةً) [1] أو أقَرّتْ هي أنّها قد حاضَتْ ثلاثَ حِيَضٍ في هذه السّنةِ فلا نفقة لها على [٢/ ١٣٩أ] الزّوجِ وإنْ كانت أخذتْ منه شيئًا تَرُدُّه عليه لظُهورِ ثُبوتِ الفُرْقةِ مُنْذُ سَنةٍ وانقِضاءِ العِدّةِ. وإنْ قالت : لم أحِضْ في هذه السّنةِ، فالقولُ قولُها ولها النّفَقةَ ؛ لأنّ القول في انقِضاءِ العِدّةِ قولُها ، فإنْ قال الزّوجُ : قد أخبَرَتْني أنّ عِدّتَها قد انقضَتْ لم يُقْبل قولُه في إبْطال نفقَتِها ؛ لأنّه غيرُ مُصَدّقٍ عليها في إبْطال حقّها .

ولو طَلّقَ امرأتَه ثلاثًا أو بائنًا فامتَدّتْ عِدّتُها إلى سَنتَيْنِ ثُمّ ولدَتْ لأكثَرَ من سَنتَيْنِ وقد كان [الزّوجُ] [2] أعطاها النّفَقةَ إلى وقتِ الوِلادةِ فإنّه يُحْكَمُ بانقِضاءِ عِدّتِها قبل الوِلادةِ لسِتّةِ أشهرٍ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ ويَسْتَرِدُّ نفقةَ سِتّةِ أشهرٍ قبل الوِلادةِ وعندَ أبي يوسُفَ لا يَسْتَرِدُّ شيئًا من النّفَقةِ، وكذلك إذا طَلّقَ امرأتَه في حالِ المرَضِ فامتَدّ مَرَضُه إلى سَنتَيْنِ وامتَدّتْ عِدّتُها إلى سَنتَيْنِ ثُمّ ولدَتِ المرأةُ بعدَ الموتِ بشهرٍ وقد كان أعطاها النّفَقةَ إلى وقتِ الوفاةِ؛ فإنّها لا تَرِثُ ويَسْتَرِدُّ منها نفقةَ سِتّةِ أشهرٍ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وعندَ أبي يوسُفَ تَرِثُ ولا يَسْتَرِدُّ شيئًا من النّفَقةِ وقد مَرّتِ المسألَتانِ في كِتاب الطّلاقِ، ولا نفقةَ في الفُرْقةِ قبل الدُّخولِ بأيّ سببٍ كانت لارْتِفاعِ النّكاحِ من كُلّ وجهٍ فيَنْعَدِمُ السّبَبُ وهو الحبْسُ الثّابتُ بالنّكاحِ .

وأُمُّ الولدِ إذا أعتقَها مولاها ووَجَبَتْ عليها العِدّةُ لا نفقةَ لها وإنْ كانت محبوسةً مَمْنوعةً عن الخُروجِ ؛ لأنّ هذا الحبْسَ لم يَثْبُتْ بسبب النّكاحِ وإنّما يَثْبُتُ لتَحْصينِ الماءِ فأشبَهَتِ المُعْتَدّةَ من النّكاحِ الفاسِدِ ولأنّ نفقَتَها قبل العتقِ إنّما وجَبَتْ بملكِ اليمينِ لا بالاحتِباسِ وقد زالَ بالإعتاقِ ونفقةُ الزّوجةِ إنّما وجَبَتْ بالاحتِباسِ وإنّه قائمٌ .

---

(١) في المخطوط : «عدلت البينة». (٢) ليست في المخطوط .

فَصْلٌ [في شرط الوجوب]

وأمّا شرطُ وجوب هذه النّفَقةِ: فلِوجوبها شرطانِ :

أحدُهما: يَعُمُّ النّوعَيْنِ جميعًا أعني : نفقةَ النّكاحِ ونفقةَ العِدّةِ .

والثّاني: يَخُصُّ أحدَهما وهو نفقةُ العِدّةِ .

أمّا الأوّلُ: فتَسْليمُ المرأةِ نفسَها إلى الزّوجِ وقتَ وجوب التّسْليمِ ونَعْني بالتّسْليم : التّخْلية وهي أنْ تخلي بين نفسِها وبين زوجِها برَفْعِ المانِعِ من وطْئِها أو الاستمْتاعِ بها [حقيقةً] [١] إذا كان المانِعُ من قِبَلِها أو من قِبَلِ غيرِ الزّوجِ فإنْ لم يوجدِ التّسْليمُ على هذا التّفسيرِ وقتَ وجوب التّسْليمِ ؛ فلا نفقةَ لها .

وعلى هذا تخَرّجُ مسائلُ : إذا تزوّجَ بالِغةً حُرّةً صَحيحةً سَليمةً ونَقَلَها إلى بيتِه فلَها النّفَقةُ لوجودِ سببِ الوجوب وشرطِه وكذلك إذا لم يَنْقُلْها وهي بحيثُ لا تمنَعُ نفسَها وطَلَبَتِ النّفَقةَ ولم يُطالبْها [هو] [٢] بالنُّقْلةِ فلَها النّفَقةُ ؛ لأنّه وُجِدَ سببُ الوجوب وهو استِحْقاقُ الحبْسِ وشرطُه وهو التّسْليمُ على التّفسيرِ الذي ذَكَرْنا فالزّوجُ بتَرْكِ النُّقْلةِ ترك حقّ نفسِه مع إمكانِ الاستيفاءِ فلا يَبْطُلُ حقُّها في النّفَقةِ فإنْ طالَبَها بالنُّقْلةِ فامتَنَعَتْ فإنْ كان امتِناعُها بحقٍّ بأنِ امتَنَعَتْ لاستيفاءِ مَهْرِها العاجِلِ - فلَها النّفَقةُ ؛ لأنّه لا يجبُ عليها التّسْليمُ قبل استيفاءِ العاجِلِ من مَهْرِها ، فلم يوجدْ منها الامتِناعُ من التّسْليم وقتَ وجوب التّسْليمِ وعلى هذا قالوا : لو طالَبَها بالنُّقْلةِ بعدَ ما أوفاها المهرَ إلى دارٍ مَغْصوبةٍ فامتَنَعَتْ فلَها النّفَقةُ; لأنّ امتِناعَها بحقٍّ فلم يجبْ عليها التّسْليمُ فلم تمتَنِعْ من التّسْليم حالَ وجوب التّسْليمِ .

ولو كانت ساكِنةً منزلَها فمَنَعَتْه من الدُّخولِ عليها لا على سبيلِ النُّشوزِ (فإنْ قالت) [٣] حَوِّلْني إلى منزلِك أو اكتَرِ لي منزلاً أنْزِلُه فإنّي أحْتاجُ إلى منزلي هذا آخُذُ كِراءَه - فلَها النّفَقةُ ؛ لأنّ امتِناعَها عن [٤] التّسْليمِ في بيتِها ؛ لغَرَضِ التّحْويلِ إلى منزلِه أو إلى منزلِ الكِراءِ امتِناعٌ بحقٍّ ؛ فلم يوجدْ منها الامتِناعُ من التّسْليمِ وقتَ وجوب التّسْليمِ وإنْ كان

---

(١) ليست في المخطوط .
(٢) زيادة من المخطوط .
(٣) في المخطوط : «بل قالت له» .
(٤) في المخطوط : «من» .

بغيرِ حقٍّ بأنْ كان الزّوجُ قد أوفاها مَهْرَها أو كان مُؤَجّلاً؛ فلا نفقةَ لها لانعِدامِ التّسْليم حالَ وجوب التّسْليمِ فلم يوجدْ شرطُ الوجوب فلا تجبُ، ولهذا لم تجبِ النّفَقةُ للنّاشِزةِ وهذه ناشِزةٌ.

ولو مَنَعَتْ نفسَها عن زوجِها بعدَ ما دخلَ بها برِضاها لاستيفاءِ مَهْرِها فلَها النّفَقةُ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّه مَنْعٌ بحقٍّ عندَه وعندَهما لا نفقةَ لها لكَوْنِه مَنْعًا بغيرِ حقٍّ عندَهما ولو مَنَعَتْ نفسَها [عن زوجِها] (١) بعدَ ما دخلَ بها على كُرْهٍ منها فلَها النّفَقةُ؛ لأنّها مُحِقّةٌ في المنعِ وإنْ كانت صَغيرةً يُجامَعُ مثلُها فهي كالبالِغةِ في النّفَقةِ؛ لأنّ المعنى الموجِبَ للنّفَقةِ يَجْمَعُهما وإنْ كانت لا يُجامَعُ مثلُها؛ فلا نفقةَ لها عندَنا (٢) وعندَ الشّافعيِّ: لها النّفَقةُ بناءً على أنّ سببَ الوجوب عندَه النّكاحُ وشرطُه عَدَمُ النُّشوزِ وقد وُجِدَ (٣) وشرطُ الوجوب عندَنا تَسْليمُ النّفسِ ولا يتحقّقُ التّسْليمُ في الصّغيرةِ التي لا يُجامَعُ مثلُها لا منها ولا من غيرِها لقيامِ المانِعِ [٢/ ١٣٩ب] في نفسِها من الوطْءِ والاستمْتاعِ لعَدَمِ قَبولِ المحَلِّ لذلك فانعَدَمَ شرطُ الوجوب، فلا يجبُ.

وقال أبو يوسُفَ: إذا كانتِ الصّغيرةُ تخدُمُ الزّوجَ ويَنْتَفِعُ الزّوجُ بها بالخدمةِ (٤) فسَلّمَتْ نفسَها إليه فإنْ شاء رَدّها وإنْ شاء أمسَكَها. فإنْ أمسَكَها فلَها النّفَقةُ وإنْ رَدّها فلا نفقةَ لها؛ لأنّها إذا لم تحتَمِلِ الوطْءَ لم يوجدِ التّسْليمُ الذي أوجَبَه العقدُ فكان له أنْ يمْتَنِعَ من القبولِ فإنْ أمسَكَها فلَها النّفَقةُ؛ لأنّه حَصَلَ له منها نوعُ مَنْفَعةٍ وضَرْبٌ من الاستمْتاعِ وقد رَضِيَ بالتّسْليمِ القاصِرِ، وإنْ رَدّها فلا نفقةَ لها حتّى يَجيءَ حالٌ يقدِرُ فيها على جِماعِها لانعِدامِ التّسْليمِ الذي أوجَبَه العقدُ وعَدَمِ رِضاه بالتّسْليمِ القاصِرِ.

وإنْ كان الزّوجُ صَغيرًا والمرأةُ كبيرةً، فلَها النّفَقةُ لوجودِ التّسْليم منها على التّفسيرِ الذي ذَكَرْنا وإنّما عَجَزَ الزّوجُ عن القبْضِ لأنّه ليس بشرطٍ لوجوب النّفَقةِ، وكذلك لو كان

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر مذهب الأحناف: الهداية (٢/ ٦٤٤)، المبسوط (٥/ ١٨٧)، فتح القدير (٤/ ٣٨٤)، البناية (٥/ ٤٩٨، ٤٩٩)، الدر المختار (٣/ ٥٧٤).

(٣) مذهب الشافعية: أن من موانع الإنفاق على الزوجة الصِّغَر، فإذا كانت الزوجة صغيرة لا تحتمل الوطء لتعذره لمعنى فيها والزوج كبير أو صغير فقولان أظهرهما: أنه لا نفقة لها. والثاني: تجب لها النفقة، انظر: الوسيط (٦/ ٢١٦)، الروضة (٩/ ٦١)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣٨).

(٤) في المخطوط: «في الخدمة».

الزّوجُ مجبوبًا أو عِنّينًا أو محبوسًا في دَيْنٍ أو مَريضًا لا يقدِرُ على الجِماعِ أو خارِجًا للحَجِّ فلَها النّفَقةُ لما قُلْنا .

ولو كانتِ المرأةُ مَريضةً قبل النُّقْلةِ مَرَضًا يمْنَعُ من الجِماعِ فنُقِلَتْ وهي مَريضةٌ فلَها النّفَقةُ بعدَ النُّقْلةِ وقبلها أيضًا فإذا طَلَبَتِ النّفَقةَ فلم يَنْقُلْها الزّوجُ وهي لا تمتَنِعُ من النُّقْلةِ لو طالَبَها الزّوجُ وإنْ كانت تمتَنِعُ فلا نفقةَ لها كالصّحيحةِ كذا ذَكَرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ : أنّه لا نفقةَ لها قبل النُّقْلةِ فإذا نُقِلَتْ وهي مَريضةٌ؛ فلَه أنْ يَرُدّها، وجه رِوايةِ أبي يوسُفَ أنّه لم يوجدِ التّسْليمُ؛ إذْ هو تخليةٌ وتمكينٌ ولا يتحقّقُ ذلك مع المانِعِ وهو تَبَوُّءُ المحَلِّ فلا تَسْتَحِقُّ النّفَقةَ كالصّغيرةِ التي لا تحتَمِلُ الوطْءَ وإذا أسلَمَتْ [نفسَها] [(١)] وهي مَريضةٌ له أنْ يَرُدّها؛ لأنّ التّسْليمَ الذي أوجَبَه العقدُ وهو التّسْليمُ المُمَكِّنُ من الوطْءِ لَمّا لم يوجدْ؛ كان له أنْ لا يقبَلَ التّسْليمَ الذي لم يوجِبْه العقدُ وهكذا قال أبو يوسُفَ في الصّغيرةِ التي لم يُجامَع مثلُها : أنّ له أنْ يَرُدّها؛ لما قُلْنا .

وجه ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ التّسْليمَ في حقِّ التّمْكينِ من الوطْءِ إنْ لم يوجدْ فقد وُجِدَ في حقِّ التّمْكينِ من الاستمْتاعِ وهذا يَكفي لوجوب النّفَقةِ كما في الحائضِ والنُّفَساءِ والصّائمةِ صومَ رَمَضانَ وإذا امتَنَعَتْ فلم يوجدْ منها التّسْليمُ رأسًا؛ فلا تَسْتَحِقُّ النّفَقةَ .

وقال أبو يوسُفَ : إذا كانتِ المريضةُ تُؤْنسُه ويَنْتَفِعُ بها في غيرِ الجِماعِ فإنْ شاء رَدّها وإنْ شاء أمسَكَها فإنْ أمسَكَها فلَها النّفَقةُ وإنْ رَدّها فلا نفقةَ لها؛ لما ذَكَرْنا في الصّغيرةِ وإنْ نُقِلَتْ وهي صَحيحةٌ ثُمّ مَرِضَتْ في بيتِ الزّوجِ مَرَضًا لا تَسْتَطيعُ معه الجِماعَ لم تَبْطُلْ نفقَتُها بلا خلافٍ؛ لأنّ التّسْليمَ المُطْلَقَ وهو التّسْليمُ المُمَكِّنُ من الوطْءِ والاستمْتاعِ قد حَصَلَ بالانتِقالِ؛ لأنّها كانت صَحيحةً كذا الانتِقالُ ثُمّ قَصُرَ التّسْليمُ لعارِضٍ يحتملُ الزّوالَ فأشبَهَ الحيضَ أو نَقولُ التّسْليمُ المُسْتَحقُّ بالعقدِ [و] [(٢)] في حقِّ المريضةِ التي لا تحتَمِلُ الجِماعَ قبل الانتِقالِ وبعدَه هو التّسْليمُ في حقِّ الاستمْتاعِ لا في حقِّ الوطْءِ كما في حقِّ الحائضِ .

وكذا إذا نَقَلَها ثُمّ ذَهَبَ عقلُها فصارتْ معتوهةً مَغْلوبةً أو كبِرَتْ فطَعَنَتْ في السِّنِّ حتّى

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

لا يَسْتَطِيعَ زوجُها جِماعَها أو أصابَها بَلاءٌ - فلَها النّفَقةُ ؛ [لما قُلْنا] [١] . ولو حُبِسَتْ في دَيْنٍ ذَكَرَ في الجامِعِ الكبيرِ أنْ لا نفقةَ لها ولم يُفَصِّلْ بين ما إذا كان الحبْسُ قبل الانتِقالِ أو بعدَه وبين ما إذا كانت قادِرةً على التّخْليةِ أو لا ؛ لأنّ حَبْسَ النّكاحِ قد بَطَلَ بإعراضِ حَبْسِ الدّيْنِ ؛ لأنّ صاحِبَ الدّيْنِ أحقُّ بحَبْسِها بالدّيْنِ وفاتَ التّسْليمُ أيضًا بمعنًى من قِبَلِها وهو مطلها فصارتْ كالنّاشِزة .

وذَكَرَ الكَرْخيُّ : أنّها إذا كانت محبوسةً في دَيْنٍ من قَبْلِ النُّقْلةِ فإنْ كانت تقدِرُ على أنْ تُخَلّيَ بينه وبين نفسِها فلَها النّفَقةُ وإنْ كانت في موضِعٍ لا تقدِرُ على التّخْليةِ فلا نفقةَ لها وهذا تَفْسيرُ ما أجمَلَه محمّدٌ في الجامِعِ ؛ لأنّها إذا كانت تقدِرُ على أنْ توصِلَه إليها ؛ فالظّاهِرُ منها عَدَمُ المنعِ لو طالَبَها الزّوجُ وهذا تَفْسيرُ التّسْليمِ فإنْ لم يُطالِبْها فالتّقْصيرُ جاءَ من قِبَلِه فلا يَسْقُطُ حقُّها ، وإنْ كانت لا تقدِرُ على التّخْليةِ فالتّسْليمُ فاتَ بمعنًى من قِبَلِها وهو مُماطَلَتُها فلا تَسْتَوجِبُ النّفَقةَ ولو حُبِسَتْ بعدَ النُّقْلةِ لم تَبْطُلْ نفقَتُها لما قُلْنا [٢] في المريضةِ .

وذَكَرَ القُدوريُّ : أنّ ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ في الحبْسِ محمولٌ على ما إذا كانت محبوسةً لا تقدِرُ على قضائه فأمّا إذا كانت قادِرةً على القضاءِ فلم تقضِ فلا نفقةَ لها وهذا صَحيحٌ ؛ لأنّها إذا لم تقضِ مع القُدْرةِ على القضاءِ صارتْ كأنّها حَبَسَتْ نفسَها فتَصيرُ بمعنى النّاشِزةِ ولو فرَضَ القاضي لها النّفَقةَ ثُمّ أخذها [٢/ ١٤٠أ] رجلٌ كارِهةً فهَرَبَ بها شهرًا أو غَصَبَها غاصِبٌ لم يكنْ لها نفقةٌ في المُدّةِ التي مَنَعَها لفَواتِ التّسْليمِ لا لمعنًى [٣] من جِهةِ الزّوجِ .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ : أنّ لها النّفَقةَ ؛ لأنّ الفواتَ ما جاءَ من قِبَلِها ، والرّتْقاءُ والقرناءُ لهما النّفَقةُ بعدَ النُّقْلةِ وقبلها إذا طَلَبَتا ولم يَظْهَرْ منهما الامتِناعُ في ظاهِرِ الرِّوايةِ ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّ لهما النّفَقةَ بعدَ الانتِقالِ فأمّا قبل الانتِقالِ فلا نفقةَ لهما ، وجه رِوايةِ أبي يوسُفَ أنّ التّسْليمَ الذي أوجَبَه العقدُ لم يوجدْ في حقِّهما قبل الانتِقالِ وبعدَه إلاّ أنّه لَمّا قَبِلَهما مع العلمِ بالعيبِ فقد رَضِيَ بالتّسْليمِ القاصِرِ كما قال في المريضةِ ، إلاّ أنّ ههنا قال : لا يجوزُ له أنْ يَرُدّهما ، وقال في الصّغيرةِ التي يَنْتَفِعُ بها في الخدمةِ والمريضةِ التي

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «ذكرنا».
(٣) في المخطوط : «بمعنى».

يَسْتَأنسُ بها أنّ له أنْ يَرُدّهما.

وجه ظاهرِ الروايةِ: أنّ العقدَ انعَقَدَ في حقِّهما موجِبًا تَسْليمَ مثلِهما وهو التّمْكينُ من الاستمْتاعِ دونَ الوطْءِ وهذا النّوعُ من التّسْليمِ يَكفي لاستِحْقاقِ النّفَقةِ كتَسْليمِ الحائضِ والنُّفَساءِ والمُحْرِمةِ والصّائمةِ مع ما أنّ التّسْليمَ المُطْلَقَ يُتَصَوّرُ منهما بواسِطةِ إزالةِ المانِعِ من الرّتَقِ والقرَنِ بالعِلاجِ [1] فيُمْكِنُ الانتِفاعُ بهما وطْئًا.

ولو حَجّتِ المرأةُ حَجّةَ فريضةٍ فإنْ كان ذلك قبل النُّقْلةِ فإنْ حَجّتْ بلا محرَمٍ ولا زوجٍ؛ فهي ناشِزةٌ وإنْ حَجّتْ مع محرَمٍ لها دونَ الزّوجِ فلا نفقةَ لها في قولِهم جميعًا؛ لأنّها امتَنَعَتْ من التّسْليمِ بعدَ وجوبِ التّسْليمِ فصارتْ كالنّاشِزةِ، وإنْ كانتِ انتَقَلَتْ إلى منزلِ الزّوجِ ثُمّ حَجّتْ مع محرَمٍ لها دونَ الزّوجِ فقد قال أبو يوسُفَ: لها النّفَقةُ وقال محمّدٌ: لا نفقةَ لها.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ التّسْليمَ قد فاتَ بأمرٍ من قِبَلِها وهو خُروجُها فلا تَسْتَحِقُّ [النّفَقةَ] [2] كالنّاشِزةِ.

ولأبي يوسُفَ أنّ التّسْليمَ المُطْلَقَ قد حَصَلَ بالانتِقالِ إلى منزلِ الزّوجِ ثُمّ فاتَ بعارِضِ أداءِ [3] فرضٍ، وهذا لا يُبْطِلُ النّفَقةَ كما لو [4] انتَقَلَتْ إلى منزلِ زوجِها ثُمّ لَزِمَها صومُ رَمَضانَ أو نَقولُ: حَصَلَ التّسْليمُ المُطْلَقُ بالانتِقالِ ثُمّ فاتَ لعُذْرٍ فلا تَسْقُطُ النّفَقةُ كالمريضةِ ثُمّ إذا وجَبَتْ لها النّفَقةُ على أصلِ أبي يوسُفَ يَفْرِضُ لها القاضي نفقةَ الإقامةِ لا نفقةَ السّفَرِ؛ لأنّ الزّوجَ لا يَلْزَمُه إلاّ نفقةُ الحضَرِ فأمّا زيادةُ المُؤْنةِ التي تحتاجُ إليها المرأةُ في السّفَرِ من الكِراءِ ونحوِ ذلك فهي عليها لا عليه؛ لأنّها لأداءِ الفرضِ، والفرضُ عليها فكانت تلك المُؤْنةِ عليها لا عليه كما لو مَرِضَتْ في الحضَرِ كانتِ المُداواةُ عليها لا على الزّوجِ فإنْ (جاوَرَتْ بمَكّةَ أو أقامَتْ) [5] بها بعدَ أداءِ الحجِّ إقامةً لا تحتاجُ إليها سَقَطَتْ نفقَتُها؛ لأنّها غيرُ معذورةٍ في ذلك فصارتْ كالنّاشِزةِ فإنْ طَلَبَتْ نفقةَ ثلاثةِ أشهرٍ قدرَ الذّهابِ والمجيءِ؛ لم يكنْ على الزّوجِ ذلك ولكنْ يُعْطيها نفقةَ شهرٍ واحدٍ فإذا عادَتْ

---

(١) في المخطوط: «بالصلاح».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إذا».
(٤) في المخطوط: «إذا».
(٥) في المخطوط: «جاورت مكة وأقامت».

أخذتْ ما بقيَ؛ لأنّ الواجِبَ عليه لها نفقةُ الإقامةِ لا نفقةُ السّفَرِ، ونفقةُ الإقامةِ تُفْرَضُ لها كُلّ شهرٍ فشهرٍ وهذه الجملةِ لا تَتَفَرّعُ على أصلِ محمّدٍ هذا إذا لم يَخْرُجِ الزّوجُ معها إلى الحجِّ، فأمّا إذا خرج فلَها النّفَقةُ بلا خلافٍ لوجودِ التّسْليمِ المُطْلَقِ لإمكانِ الانتِفاعِ بها وطْئًا واستمْتاعًا في الطّريقِ فصارتْ كالمُقيمةِ في منزِله.

ولو آلى منها أو ظاهَرَ منها فلَها النّفَقةُ؛ لأنّ حقّ الحبْسِ قائمٌ والتّسْليمَ موجودٌ ولِتَمَكُّنِه من وطْئِها والاستمْتاعِ بها بغيرِ واسِطةٍ في الإيلاءِ وبواسِطةِ تقديمِ الكفّارةِ في الظّهارِ فوُجِدَ سببُ وجوب النّفَقةِ وشرطُ وجوبها فتجبُ.

ولو تزوّجَ أُخْتَ امرأتِه أو عَمّتَها أو خالَتَها ولم يعلم بذلك حتّى دخلَ بها؛ فُرِّقَ بينهم ووَجَبَ عليه أنْ يعتزِلَها [١] مُدّةَ عِدّةِ أُخْتِها فلامرأتِه النّفَقةُ لوجودِ سبب الوجوب وشرطِه وهو التّسْليمُ إلاّ أنّه امتَنَعَ الانتِفاعُ بها بعارِضٍ يَزولُ فأشبَهَ الحيضَ والنِّفاسَ وصومَ رَمَضانَ ولا نفقةَ لأُخْتِها وإنْ وجَبَتْ عليها العِدّةُ؛ لأنّها مُعْتَدّةٌ من نِكاحٍ فاسِدٍ.

وعلى هذا الأصلِ يَخْرُجُ ما إذا تزوّجَ حُرٌّ أو عبدٌ أمةً أو قِنّةً أو مُدَبّرةً أو أُمّ ولدٍ أنّه إنْ بَوّأها المولى تجبُ [٢] النّفَقةُ وإلاّ فلا؛ لأنّ سببَ الوجوب [وهو حقُّ الحبْسِ] [٣] وشرطُه وهو التّسْليمُ لا يتحقّقُ بدونِ التّبْوِئةِ؛ لأنّ التّبْوِئةَ هو أنْ يُخَلّيَ المولى بينها وبين زوجِها في منزِلِ زوجِها لاستخدامِها فإذا كانت مشغولةً بخدمةِ المولى؛ لم تكُنْ محبوسةً عندَ الزّوجِ ولا مُسَلّمةً إليه ولا يُجْبَرُ المولى على التّبْوِئةِ؛ لأنّ خدمَتَها حقُّ المولى فلا يُجْبَرُ الإنسانُ على إيفاءِ حقِّ نفسِه لغيرِه فإنْ بَوّأها المولى ثُمّ بَدا له أنْ يَسْتخدِمَها فلَه ذلك لما ذَكَرْنا أنّ خدمَتَها حقُّ المولى؛ لأنّ مَنافِعَ سائرِ الأعضاءِ بقيَتْ على ملكِه وإنّما أعارَها للزّوجِ بالتّبْوِئةِ وللمُعيرِ أنْ يَسْتَرِدّ عاريّتَه ولا نفقةَ على الزّوج مُدّةَ الاستخدامِ [٢/ ١٤٠ب] لفَواتِ التّسْليمِ فيها من جِهةِ المولى، ولو بَوّأها [مولاها] [٤] بيتَ الزّوجِ فكانت تَجيءُ في أوقاتٍ إلى مولاها فتخدُمُه من غيرِ أنْ يَسْتخدِمَها قالوا: لا تَسْقُطُ نفقَتُها؛ لأنّ الاسترْدادَ إنّما يَحْصُلُ بالاستخدامِ ولم يوجدْ ولأنّ هذا القدرَ من الخدمةِ لا يقدَحُ في التّسْليمِ كالحُرّةِ إذا خرجتْ إلى منزِلِ أبيها وإنْ كانت مُكاتَبةً تزوّجَتْ بإذنِ المولى حتّى جاز العقدُ فلَها

---

(١) في المخطوط: «يعتزل عنها».
(٢) في المخطوط: «وجبت».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

النّفَقةُ ولا يُشْتَرَطُ التّبْوئةُ؛ لأنّ خدمَتَها ليستْ حقّ المولى؛ إذْ لا حقّ للمولى في مَنافِعِها.

ألا تَرَى أنّه ليس للمولى أنْ يَسْتخدِمَها فكانت في مَنافِعِها كالحُرّةِ فيُجْبَرُ المولى على التّسْليمِ ويجبُ على الزّوجِ النّفَقةُ، والعبدُ إذا تزوّجَ بإذنِ المولى حُرّةً أو أمةً فهو في وجوب النّفَقةِ كالحُرّ لاستِوائهما في سبب الوجوب وهو حقُّ الحبْسِ وشرطُه وهو التّسْليمُ؛ ولهذا استَوَيا في وجوب المهرِ إلاّ أنّ الفرقَ بينهما أنّ النّفَقةَ إذا صارتْ مَفروضةً على العبدِ تَتَعَلّقُ برَقَبَتِه وكَسْبه؛ يُباعُ فيها إلاّ أنْ يَفْديَه المولى فيَسْقُطَ حقُّ الغريم كسائرِ الدُّيونِ ويَبْدَأُ بها قبل الغلّةِ لمولاه فإنْ [كان] [١] المولى لو ضَرَبَ عليه ضَريبةً فإنّ (نفقةَ امرأتِه) [٢] تُقَدّمُ على ضَريبةِ مولاه; لأنّها بالفرضِ صارتْ دَيْنًا في رَقَبَتِه حتّى يُباعَ بها فأشبَهَ سائرَ الدُّيونِ بخلافِ الغلّةِ فإنّها لا تجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ في الحقيقةِ فإنْ مات العبدُ قبل البيعِ؛ بَطَلَتِ النّفَقةُ ولا يُؤْخَذُ المولى بشيءٍ لفَواتِ مَحَلِّ (التّعليقِ فيَبْطُلُ التّعليقُ) [٣] كالعبدِ المرهونِ [٤] إذا هَلَكَ يَبْطُلُ الدّيْنُ الذي تَعَلّقَ به.

وكذلك إذا قُتِلَ العبدُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّه إذا قُتِلَ كانتِ النّفَقةُ في قيمَتِه وجه ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ أنّ القيمةَ قامَتْ مقامَ العبدِ؛ لأنّها بَدَلُه فتَقومُ مقامَه كأنّه هو كما في سائرِ الدُّيونِ.

وجه ظاهرِ الروايةِ: أنّ القيمةَ إنّما تُقامُ مقامَ الرّقَبةِ في الدُّيونِ المُطْلَقةِ لا فيما يَجْري مجرَى الصِّلاتِ، والنّفَقةُ تَجْري مجرَى الصِّلاتِ [٥] على أصلِ أصحابنا - لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى - فتَسْقُطُ بالموتِ قبل القبْضِ كسائرِ الصِّلاتِ ولهذا لو كان الزّوجُ حُرًّا فقُتِلَ خطأً؛ سَقَطَتْ عندَنا ولا تُقامُ الدّيةُ مقامَه فكذا إذا كان عبدًا وكذلك المُدَبّرُ وأُمُّ الولدِ - لما قُلْنا - غيرَ أنّ هؤلاء لا يُباعونَ؛ لأنّ دُيونَهم تَتَعَلّقُ بأكسابهم لا برِقابهم لتَعَذُّرِ استيفائها من رِقابهم؛ لأنّ الاستيفاءَ بالبيعِ، ورِقابُهم لا تحتَمِلُ البيعَ.

وأمّا المُكاتَبُ: فعندَنا يتعَلّقُ الدّيْنُ برقَبَتِه وكَسْبه كالقِنِّ لتَصَوُّرِ الاستيفاءِ من رَقَبَتِه لاحتمالِ العجْزِ؛ لأنّه إذا عَجَزَ يَعودُ قِنًّا فيَسْعَى فيها ما دامَ مُكاتَبًا فإذا قُضيَ بعَجْزه

---

(١) زاد في المخطوط: «لو».
(٢) في المخطوط: «نفقته».
(٣) في المخطوط: «التعلق فبطل التعلق».
(٤) في المخطوط: «الرهن».
(٥) في المخطوط: «الصلة».

وصار [١] قِنًّا يُباعُ فيها إلاّ أنْ يَفْديَه المولى كما في [٢] الكِتابةِ .

وأمّا المُعْتَقُ بعضه [٣] : فهو عندَ أبي حنيفةَ بمنزلةِ المُكاتَب إلاّ أنّه لا يُتَصَوّرُ فيه العجْزُ والبيعُ في الدّيْنِ فيَسْعَى في نفقَتِها . وعندَهما هو حُرٌّ عليه دَيْنٌ، ولا يجبُ على العبدِ نفقةُ ولدِه سَواءٌ كان من امرأةٍ حُرّةٍ أو أمةٍ ؛ لأنّه إنْ كان من حُرّةٍ يكونُ حُرًّا فلا يجبُ على العبدِ نفقةُ الحُرِّ وتكونُ على الأمِّ نفقَتُه إنْ كانت غَنيّةً وإنْ كانت مُحْتاجةً فعلى مَنْ يَرِثُ الولدَ من القرابةِ وإنْ كان من أمةٍ فيكونُ عبدًا لمولاها فلا يَلْزَمُ غيرَه نفقَتُه .

وكذلك الحُرُّ إذا تزوّجَ أمةً فوَلَدَتْ له أولادًا فنفقةُ الأولادِ على مولى الأمةِ ؛ لأنّهم مَماليكُه ، والعبدُ والحُرُّ في ذلك سَواءٌ وكذلك المُدَبّرةُ ، وأُمُّ الولدِ في هذا كالأمةِ القِنّةِ لما قُلْنا وإنْ كان مولى الأمةِ في هذه المسائلِ فقيرًا والزّوجُ أبَ الولدِ غَنيًّا لا يُؤْمَرُ الأبُ بالنّفقةِ على ولدِه بل إمّا أنْ يَبيعَه مولاه أو يُنْفِقَ عليه إنْ كان من أمةٍ قِنّةٍ وإنْ كان من مُدَبّرةٍ أو أُمِّ ولدٍ يُنْفِقُ الأبُ عليه ثُمّ يرجعُ على المولى [إذا أيسَرَ] [٤] لتَعَذُّرِ الجبْرِ على البيعِ ههنا لعَدَمِ قَبولِ المحَلِّ .

فأمّا إذا كانت مُكاتَبَةً فنفقةُ أولادِها لا تجبُ على زوجِها وإنّما تجبُ على الأمِّ المُكاتَبةِ سَواءٌ كان الأبُ حُرًّا أو عبدًا ؛ لأنّ ولدَ المُكاتَبةِ ملكُ المولى رَقَبةً وهو حقُّ المُكاتَبةِ كسْبًا . ألا تَرَى أنّها تَسْتَعينُ بأكسابه في رَقَبَتِها وعِتْقِها وإذا كانت أكسابُه حقًّا لها ؛ كانت نفقَتُه عليها ؛ لأنّ نفقةَ الإنسانِ تَتْبَعُ كسْبَه قال النّبيُّ ﷺ : «إنَّ أَطْيَبَ مَا (يَأْكُلُ الرَّجُلُ) [٥] مِن كَسْبِهِ» [٦] وإنْ زوّجَ ابنَتَه من عبدِه فلَها النّفقةُ على العبدِ ؛ لأنّ البنتَ يجبُ لها على أبيها دَيْنٌ (فيجوزُ أنْ يجبَ) [٧] على عبدِ أبيها وإنْ زوّجَ أمَتَه من عبدِه فنفقَتُهما جميعًا على المولى [٨] ؛ لأنّهما جميعًا ملكُ المولى واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

(١) في المخطوط : «عاد» .
(٢) في المخطوط : «قبل» .
(٣) في المطبوع : «البعض» .
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «أكل المرء» .
(٦) صحيح : رواه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب : في الرجل يأكل من مال ولده ، حديث (٣٥٢٨) ، والنسائي ، حديث (٤٤٤٩) ، وابن ماجه ، حديث (٢١٣٧) ، وابن حبان (١٠/ ٧٢) ، حديث (٤٢٥٩) ، والحاكم في المستدرك (٢/ ٣١٢) ، حديث (٣١٢٣) ، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٨٠) ، والطبراني في الأوسط (٤/ ٣٨٠) ، حديث (٤٤٨٦) ، عن عائشة رضي الله عنها . وانظر : التلخيص الحبير (٤/ ٩) ، حديث (١٦٦٥) ، نصب الراية (٣/ ٢٧٥) ، الإرواء (٢١٦٢) ، صحيح الجامع (٢٢٠٨) .
(٧) في المخطوط : «فيجب» .
(٨) في المخطوط : «مولاهما» .

والكِتابيّةُ في استِحْقاقِ النّفَقةِ على زوجِها المسلِمِ كالمسلمةِ لاستِوائهما في سبب الاستِحْقاقِ وشرطِه والذِّمّيُّ في وجوب النّفَقةِ عليه لزوجَتِه [١] التي ليستْ [٢/ ١٤١أ] من مَحارِمِه كالمسلمِ لاستِوائهما في سبب الوجوب وشرطِه ولأنّ ما ذَكَرْنا من (دَلائلِ الوجوب) [٢] لا يوجِبُ الفصلَ بين المسلمِ والذِّمّيِّ في النّفَقةِ ولِقولِ النّبيِّ ﷺ: «وَإِذَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ» [٣] وعلى المسلمِ نفقةُ زوجَتِه [لها] [٤] فهكذا على الذِّمّيِّ.

وأمّا إذا كانت من مَحارِمِه فقد قال أبو حنيفةَ: إنّها إذا طَلَبَتِ النّفَقةَ فإنّ القاضيَ يقضي بالنّفَقةِ لها [٥] وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ وزُفَرَ والشّافعيِّ: لا يقضي بناءً على أنّ هذا النّكاحَ فاسِدٌ عندَهم [٦]. وأمّا عندَ أبي حنيفةَ: فقد ذَكَرَ بعضُ مَشايِخِنا أنّه صَحيحٌ عندَهم حتّى قال إنّهما يُقَرّانِ عليه ولا يُعْتَرَضُ عليهما قبل أنْ يترافَعا أو يُسْلِمَ أحدُهما.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ: أنّ هذا النّكاحَ فاسِدٌ بالإجماعِ وإنّما أوجَبَ أبو حنيفةَ النّفَقةَ مع فسادِ هذا النّكاحِ؛ لأنّهما يُقَرّانِ عليه مع فسادِه عندَه فإنّ أبا حنيفةَ قال: إنّي أفْرِضُ عليه النّفَقةَ لكُلِّ امرأةٍ أُقِرّتْ على نِكاحِها جائزًا كان النّكاحُ عندي أو باطِلاً، ووَجْهُه أنّه لَمّا أقَرّه على نِكاحِها فقد ألحقَ هذا النّكاحَ بالنّكاحِ الصّحيحِ في حقِّ وجوب النّفَقةِ وقد يُلْحقُ النّكاحُ الفاسِدُ] بالصّحيحِ في بعضِ الأحْكامِ من النّسَب والعِدّةِ وغيرِ ذلك.

ويَسْتَوي في استِحْقاقِ هذه النّفَقةِ المُعْسِرةُ والموسِرةُ فتَسْتَحِقُّ الزّوجةُ النّفَقةَ على زوجِها وإنْ كانت موسِرةً لاستِوائهما في سبب الاستِحْقاقِ وشرطِه ولأنّ هذه النّفَقةَ لها شَبَهٌ

---

(١) في المخطوط: «على زوجته». (٢) في المخطوط: «الدلائل للوجوب».

(٣) صحيح: رواه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: على ما يقاتل المشركون، حديث (٢٦٤١)، والترمذي، حديث (٢٦٠٨)، والنسائي، حديث (٣٩٦٧)، وصححه الألباني في الصحيحة (٣٠٣)، وقال: وفيه دليل على بطلان الحديث الشائع على ألسنة الخطباء والكُتّاب أن النبي ﷺ قال في أهل الذمة: لهم ما لنا وعليهم ما علينا، وهذا مما لا أصل له عنه ﷺ. وانظر الضعيفة (١١٠٣).

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧٢)، فتح القدير (٣/ ٤١٦)، البحر الرائق (٣/ ٢٢٣)، رد المحتار (٣/ ١٨٥).

(٦) في بيان مذهب الشافعية: يقول النووي: «ولو نكح مجوسي مَحْرَمًا وترافعا في النفقة أبطلناه ولا نفقة» انظر: روضة الطالبين (٧/ ١٥٥)، أسنى المطالب (٣/ ١٦٧)، مغني المحتاج (٤/ ٣٣٠)، الغرر البهية (٤/ ١٥١).

بالأعواضِ فيَسْتَوي فيها الفقيرُ والغنيُّ كنفقةِ القاضي والمُضارِب بخلافِ نفقةِ المحارِمِ أنّها لا تجبُ للغنيِّ لأنّها تجبُ صِلةً محضةً لمَكانِ الحاجةِ فلا تجبُ عندَ عَدَمِ الحاجةِ ولا نفقة للناشزِ وتجب هذه النّفَقةُ من غيرِ قضاءِ القاضي لكنّها لا تَصيرُ دَيْنًا في الذِّمّةِ إلاّ بقضاءٍ أو رِضًا على ما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى بخلافِ نفقةِ ذَوي الأرحامِ فإنّها لا تجبُ من غيرِ قضاءِ القاضي، ونفقةُ الوالِدينَ والمولودينَ تجبُ من غيرِ قضاءِ القاضي والفرقُ بين هذه الجملةِ يُذْكَرُ في نفقةِ الأقارِب إنْ شاء اللّه تعالى، [وَلا نفقةَ للنّاشِزةِ] [١] لفَواتِ التّسْليم بمعنًى من جِهَتِها وهو النُّشوزُ، والنُّشوزُ في النِّكاحِ أنْ تمنَعَ نفسَها من الزّوجِ بغيرِ حقٍّ خارِجةً من منزِلِه بأنْ خرجتْ بغيرِ إذنِه وغابَتْ أو سافَرَتْ فأمّا إذا كانت في منزِلِه ومَنَعَتْ نفسَها في رِوايةٍ فلَها النّفَقةُ؛ لأنّها محبوسةٌ لحقِّه مُنْتَفِعٌ بها ظاهِرًا وغالِبًا فكان معنى التّسْليم حاصِلاً والنُّشوزُ في العِدّةِ أنْ تخرُجَ من بيتِ العِدّةِ مُراغِمةً لزوجِها أو تخرُجَ لمعنًى من قِبَلِها وقد رُوِيَ: أنّ فاطِمةَ بنتَ قَيْسٍ كانت تبذو على أحمائها فنَقَلَها النّبيُّ ﷺ إلى بيتِ ابنِ أُمِّ مَكتومٍ ولم يَجْعَلْ لها نفقةً [٢] ولا سُكنَى [٣]؛ لأنّ الإخراجَ [إذا] [٤] كان بمعنًى من قِبَلِها فصارتْ كأنّها خرجتْ بنفسِها مُراغِمةً لزوجِها .

وأمّا الثاني: وهو الشّرطُ الذي يَخُصُّ نفقةَ العِدّةِ فهو أنْ لا يكونَ وجوبُ العِدّةِ بفُرْقةٍ حاصِلةٍ من قِبَلِها بسببٍ محظورٍ استِحْسانًا، والقياسُ: أنّه ليس بشرطٍ، وقد (مَرّ وجه) [٥] القياسِ والاستِحْسانِ فيما تَقَدّمَ وكُلُّ امرأةٍ لها النّفَقةُ فلَها الكِسْوةُ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] وغيرِ ذلك من النُّصوصِ التي ذَكَرْناها فيما تَقَدّمَ ولأنّ سببَ وجوبهما لا يختلِفُ وكذا شرطُ الوجوب ويجبانِ على الموسِرِ والمُعْسِرِ؛ لأنّ دَليلَ الوجوب لا يَفْصِلُ واللّه أعلَمُ.

وكُلُّ امرأةٍ لها النّفَقةُ فلها [٦] السُّكنَى لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «النفقة».

(٣) أخرجه مسلم، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، برقم (١٤٨٠)، وأبو داود، كتاب: الطلاق، باب: في نفقة المبتوتة، برقم (٢٢٩٨)، والترمذي، (١١٣٥)، والنسائي، (٣٢٤٤)، وابن ماجه، (٢٠٣٦)، من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(٤) زيادة من المخطوط. (٥) في المخطوط: «وُجد».

(٦) في المطبوع: «لها».

وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق :٦] وقرأ ابنُ مسعودٍ رضي الله عنه : «أسكِنوهُنّ من حيثُ سَكَنتُم وأنفِقوا عليهِنّ من وُجْدِكُم» ولأنّهما استوَيا في سبب الوجوب وشرطِه وهو ما ذَكَرْنا فيَسْتَويانِ في الوجوب ويَسْتَوي في وجوبهما أصلُ الوجوب الموسِرُ والمُعْسِرُ ؛ لأنّ دَلائلَ الوجوب لا توجِبُ الفصلَ وإنّما يختلِفانِ في مِقْدارِ الواجِب منهما - وسَنُبيِّنُه إنْ شاء اللّه تعالى في موضِعِه .

ولو أرادَ الزّوجُ أنْ يُسْكِنَها مع ضَرّتِها أو مع أحمائها كأُمِّ الزّوجِ وأُخْتِه وبنتِه من غيرِها وأقاربِه فأبَتْ ذلك ؛ عليه أنْ يُسْكِنَها في منزلٍ مُفْرَدٍ ؛ لأنّهُنّ رُبّما يُؤْذينَها ويَضْرُرْنَ بها في المُساكَنةِ وإباؤُها دَليلُ الأذى والضّرَرِ ولأنّه يَحْتاجُ إلى أنْ يُجامِعَها ويُعاشرَها في أيِّ وقتٍ يَتّفِقُ ولا يُمْكِنُه ذلك إذا كان معهما ثالِثٌ حتّى لو كان في الدّارِ بُيوتٌ ففَرّغَ لها بيتًا وجعل لبيتِها غَلْقًا على حِدةٍ قالوا : إنّها ليس لها أنْ تُطالبه ببيتٍ آخَرَ .

ولو كانت في منزلِ الزّوجِ وليس معها أحدٌ [يُساكِنُها] [1] فشَكَتْ إلى القاضي أنّ الزّوجَ يَضْرِبُها ويُؤْذيها ؛ سَألَ القاضي جيرانَها فإنْ أخبَروا بما قالت وهم قَوْمٌ صالِحونَ فالقاضي يُؤَدِّبُه [٢/ ١٤١ب] ويأمُرُه بأنْ يُحْسِنَ إليها ويأمُرَ جيرانَه أنْ يتفَحّصوا عنها وإنْ لم يكنِ الجيرانُ قَوْمًا صالِحين أمره القاضي أنْ يُحَوّلَها إلى جيرانٍ صالِحين فإنْ [2] أخبَروا القاضي بخلافِ ما قالت أقَرّها هناك ولم يُحَوِّلْها ولِلزّوجِ أنْ يمْنَعَ أباها وأُمّها ووَلَدَها [من] [3] غيرِه ومَحارِمَها من الدُّخولِ عليها ؛ لأنّ المنزلَ منزلُه فكان له أنْ يمْنَعَ مَنْ شاء وليس له أنْ يمْنَعَهم من النّظَرِ إليها وكَلامِها خارِجَ المنزل ؛ لأنّ ذلك ليس بحقٍّ له إلاّ أنْ يكونَ في ذلك فِتْنةٌ بأنْ يَخافَ عليها الفسادَ فلَه أنْ يمْنَعَهم من ذلك أيضًا .

فصل [في مقدار الواجب]

وَأمّا بيانُ مِقْدارِ الواجِب منها فالكلامُ في هذا الفصلِ في موضِعَيْنِ :

أحدُهما: في بيانِ ما تُقَدّرُ به هذه النّفَقةُ .

والثّاني: في بيانِ مَنْ تُقَدّرُ به .

أمّا الأوّلُ: فقد اختلف العلماءُ فيه . قال أصحابُنا : هذه النّفَقةُ غيرُ مُقَدّرةٍ بنفسِها بل

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «وإن».
(٣) ليست في المخطوط.

بكِفايَتِها [(١)]، وقال الشّافعيُّ: مُقَدّرةٌ بنفسِها، على الموسِرِ مُدّانِ، وعلى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ ونصف، وعلى المُعْسِرِ مُدٌّ [(٢)] واحتجّ بظاهرِ قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق :٧] أي قدرَ سَعَتِه فدَلّ أنّها مُقَدّرةٌ ولأنّه إطعامٌ واجِبٌ فيجبُ [(٣)] أنْ يكونَ مُقَدّرًا كالإطعامِ في الكفّاراتِ ولأنّها وجَبَتْ بَدَلاً؛ لأنّها تجبُ بمُقابَلةِ الملكِ عندي ومُقابَلةِ الحبْسِ عندَكُم فكانت مُقَدّرةً كالثّمَنِ في المبيعِ والمهرِ في النّكاحِ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة :٢٣٣] مُطْلَقًا عن التّقْديرِ فمَنْ قَدّرَ فقد خالَفَ النّصّ ولأنّه أوجَبَها باسمِ الرِّزْقِ ورِزْقُ الإنسانِ كِفايَتُه في العُرْفِ والعادةِ كرِزْقِ القاضي والمُضارِب.

ورُوِيَ: أنّ هِنْدَ امرأةَ أبي سُفْيانَ قالت: يا رسول اللّه إنّ أبا سُفْيانَ رجلٌ شَحيحٌ وإنّه لا يُعْطيني ما يَكفيني ووَلَدي فقال ﷺ: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفيَانَ مَا يَكْفِيك وَوَلَدَك بِالْمَعْرُوفِ» [(٤)] نصّ عليه أفْضَلُ الصّلاةِ والسّلام على الكِفايةِ فدَلّ أنّ نفقةَ الزّوجةِ [(٥)] مُقَدّرةٌ بالكِفايةِ ولأنّها وجَبَتْ بكَوْنِها محبوسةً بحقِّ الزّوجِ مَمْنوعةً عن الكسْب لحقِّه فكان وجوبُها بطريقِ الكِفايةِ كنفقةِ القاضي والمُضارِب.

وأمّا الآيةُ فهي حُجّةٌ عليه؛ لأنّ فيها (أمرَ الذي عندَه) [(٦)] السّعةُ بالإنْفاقِ على قدرِ السّعةِ مُطْلَقًا عن التّقْديرِ بالوزْنِ فكان التّقْديرُ به تقييدًا لمُطْلَقِ [ذاته] [(٧)] فلا يجوزُ إلاّ بدَليلٍ وقولُه: إنّه إطعامٌ واجِبٌ يَبْطُلُ بنفقةِ الأقارِب فإنّه إطعامٌ واجِبٌ وهي غيرُ مُقَدّرةٍ بنفسِها بل بالكِفايةِ، والتّقْديرُ بالوزْنِ في الكفّاراتِ ليس لكَوْنِها نفقةً واجِبةً بل لكَوْنِها عِبادةً [محضةً] [(٨)] لوجوبها على وجه الصّدَقةِ [كالزّكاةِ فكانت مُقَدّرةً بنفسِها كالزّكاةِ ووجوبُ هذه النّفَقةِ ليس على وجه الصّدَقةِ] [(٩)] بل على وجه الكِفايةِ فتَتَقَدّرُ بكِفايَتِها كنفقةِ الأقارِب.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٣٢٠)، الاختيار (٤/ ٤)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٩٢).

(٢) مذهب الشافعية: أن الواجب من النفقة معتبر بحال الزوج وحده، وهو مُدّان على الموسر، ومد ونصف على المتوسط ومد على المعسر، انظر: الأم (٥/ ٨٨)، مختصر المزنى ص ٣٠، روضة الطالبين (٩/ ٤٠)، الغاية القصوى (٢/ ٨٦٧).

(٣) في المخطوط: «فوجب».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في المخطوط: «الزوجية».

(٦) في المخطوط: «أمرًا لذى».

(٧) زيادة من المخطوط.

(٨) ليست في المخطوط.

(٩) ليست في المخطوط.

وأما قوله: إنّها وجَبَتْ بَدَلاً مَمْنوعٌ، ولسْنا نَقولُ: إنّها تجبُ بمُقابَلةِ الحبْسِ بل تجبُ جَزاءً على الحبْسِ ولا يجوزُ أنْ تكونَ واجِبةً بمُقابَلةِ ملكِ النِّكاحِ لما ذَكَرْنا وإذا كان وجوبُها على سبيلِ الكِفايةِ فيجبُ على الزّوجِ من النّفَقةِ قدرُ [1] ما يَكفيها من الطّعام والإدامِ والدُّهْنِ؛ لأنّ الخُبْزَ لا يُؤكَلُ عادةً إلاّ مأدومًا والدُّهْنُ لا بُدّ منه للنِّساءِ ولا تُقدّرُ نفقَتُها بالدّراهمِ والدّنانيرِ على أيِّ سِعْرٍ كانت؛ لأنّ فيه إضْرارًا بأحدِ الزّوجَيْنِ؛ إذِ السِّعْرُ قد يَغْلو وقد يَرْخُصُ بل تُقَدّرُ لها على حَسَب اختلافِ الأسعارِ غَلاءً ورُخْصًا رِعايةً للجانِبينِ ويجبُ عليه من الكِسْوةِ في كُلِّ سَنةٍ مَرّتَيْنِ صَيْفيّةً وشَتْويّةً؛ لأنّها [2] كما تحتاجُ إلى الطّعامِ والشّراب تحتاجُ إلى اللِّباسِ لسَتْرِ العوْرةِ ولِدَفْعِ الحرِّ والبرْدِ ويختلِفُ ذلك باليسارِ والإعسارِ والشِّتاءِ والصّيْفِ على ما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وذَكَرَ في كِتاب النِّكاحِ: أنّ المُعْسِرَ يُفْرَضُ عليه خمسةُ دراهمَ في الشّهرِ والموسِرَ عشرةٌ وذلك محمولٌ على اعتِبارِ قَرارِ السِّعْرِ في الوقتِ، ولو جاءَ الزّوجُ بطعامٍ يَحْتاجُ إلى الطّبْخِ والخبْزِ فأبَتِ المرأةُ الطّبْخَ والخبْزَ يعني بأنْ تطبُخَ وتخبزَ (لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ) [3] قَسَمَ الأعمالَ بين عَليٍّ وفاطِمةَ رضي الله عنهما فجعل أعمالَ الخارجِ على عَليٍّ وأعمالَ الدّاخِلِ على فاطِمةَ رضي الله عنهما ولكنّها لا تُجْبَرُ على ذلك إنْ أبَتْ ويُؤْمَرُ الزّوجُ أنْ يأتيَ لها بطعامٍ مُهَيّإٍ، ولو استَأجَرَها للطّبْخِ والخبْزِلم يَجز ولا يجوزُ لها أخذُ الأُجْرةِ على ذلك؛ لأنّها لو أخذتِ الأُجْرةَ لأخذتْها على عَمَلٍ واجِبٍ عليها في الفتْوَى فكان في معنى الرِّشْوةِ فلا يَحِلُّ لها الأخذُ.

وذَكَرَ الفقيه أبو الليثِ: أنّ هذا إذا كان بها عِلّةٌ لا تقدِرُ على الطّبْخِ والخبْزِ أو كانت من بَناتِ الأشرافِ، فأمّا إذا كانت تقدِرُ على ذلك وهي مِمّنْ تخدُمُ بنفسِها تُجْبَرُ على ذلك وإنْ كان لها خادِمٌ يجبُ لخادِمِها أيضًا النّفَقةُ والكِسْوةُ إذا كانت مُتَفَرِّغةً [٢/ ١٤٣أ] لشُغْلِها ولِخدمَتِها لا شُغْلَ لها غيرُها؛ لأنّ أُمورَ البيتِ لا تَقومُ بها وحْدَها فتحتاجُ إلى خادِمٍ ولا يجبُ عليه لأكثَرَ من خادِمٍ واحدٍ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وعندَ أبي يوسُفَ يجبُ لخادِمَيْنِ ولا يجبُ أكثَرُ من ذلك. ورُوِيَ عنه رِوايةٌ أُخرى أنّ المرأةَ إذا كانت يجِلُّ مِقْدارُها عن خدمةِ خادِمٍ واحدٍ وتحتاجُ إلى أكثَرَ من ذلك يجبُ لأكثَرَ من ذلك بالمعروفِ

---

(١) في المخطوط: «مقدار».

(٢) في المخطوط: «لأنه».

(٣) في المخطوط: «لأن النبي ﷺ».

وبه أخذ الطّحاويُّ.

وجه ظاهرِ قولِ أبي يوسفَ: أنّ خدمةَ امرأةٍ لا تَقومُ بخادِمٍ واحدٍ بل تَقَعُ الحاجةُ إلى خادِمَيْنِ يكونُ أحدُهما مُعينًا للآخَرِ.

وجه قولِهما: أنّ الزّوجَ لو قامَ بخدمَتِها بنفسِه لا يَلْزَمُه نفقةُ خادمٍ أصلاً وخادِمٌ واحدٌ يقومُ مقامَه فلا يَلْزَمُه غيرُه؛ لأنّه إذا قامَ مقامَه؛ صار كأنّه خَدَمَ بنفسِه ولأنّ الخادِمَ الواحدَ لا بُدّ منه والزّيادةُ على ذلك ليس له حَدٌّ معلومٌ يُقَدّرُ به فلا يكونُ اعتِبارُ الخادِمَيْنِ أولى من الثّلاثةِ والأربعةِ فيُقَدّرَ بالأقَلِّ وهو الواحدُ.

هذا إذا كان الزّوجُ موسِرًا فأمّا إذا كان مُعْسِرًا فقد رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه ليس عليه نفقةُ خادمٍ وإنْ كان لها خادِمٌ، وقال محمّدٌ: إنْ كان لها خادِمٌ فعليه نفقَتُه وإلاّ فلا.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّه لَمّا كان لها خادِمٌ عُلِمَ أنّها لا تَرْضَى بالخدمةِ بنفسِها فكان على الزّوجِ نفقةُ خادِمِها وإنْ لم يكنْ لها خادِمٌ دَلّ أنّها راضيةٌ بالخدمةِ بنفسِها فلا يُجْبَرُ على اتّخاذِ خادمٍ لم يكنْ.

وجه رِوايةِ الحسَنِ: أنّ الواجِبَ على الزّوجِ المُعْسِرِ من النّفَقةِ أدنى الكِفايةِ، وقد تُكتفَى المرأةُ بخدمةِ نفسِها فلا يَلْزَمُه نفقةُ الخادِمِ وإنْ كان لها خادِمٌ. وأمّا الثّاني: وهو بيانُ مَنْ يُقَدّرُ به هذه النّفَقةَ فقد اختُلِفَ فيه أيضًا ذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّ قدرَ النّفَقةِ والكِسْوةِ يُعْتَبَرُ بحالِ الزّوجِ في يَسارِه وإعسارِه لا بحالِها وهو قولُ الشّافعيِّ أيضًا.

وذَكَرَ الخصّافُ: أنّه يُعْتَبَرُ بحالِهما [1] جميعًا حتّى لو كانا موسِرَيْنِ فعليه نفقةُ اليسارِ وإنْ كانا مُعْسِرَيْنِ فعليه نفقةُ الإعسارِ، وكذلك إذا كان الزّوجُ مُعْسِرًا أو المرأةُ موسِرةً، ولا خلافَ في هذه الجملةِ فأمّا إذا كان الزّوجُ موسِرًا والمرأةُ مُعْسِرةً؛ فعليه نفقةُ اليسارِ على ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ.

وعلى قولِ الخصافِ: عليه أدنى من نفقةِ الموسِراتِ وأوسَعُ من نفقةِ المُعْسِرينَ حتّى لو كان الزّوجُ مُفْرِطًا في اليسارِ يأكلُ خُبْزَ الحوّارَى [2] ولحمَ الحمَلِ والدّجاجِ، والمرأةُ مُفرِطةً في الفقرِ تَأكُلُ في بيتِها خُبْزَ الشّعيرِ؛ لا يجبُ عليه أنْ يُطْعِمَها ما يأكلُه ولا يُطْعِمُها

(١) في المطبوع: «بحالها».

(٢) الخُبز الحُوّاري: الذي نُخِل مرّة بعد مرة، انظر النهاية (١/ ٤٥٨).

ما كانت تَأكُلُ في بيتِ أهلِها أيضًا ولكنْ يُطْعِمُها خُبزَ الحِنْطةِ ولحمَ الشّاةِ وكذلك الكِسْوةُ على هذا الاعتِبارِ.

وجه قولِ الخصّافِ: أنّ في اعتِبارِ حالَتِهما [١] في تقديرِ النّفَقةِ والكُسْوةِ نَظَرًا من الجانِبينِ فكان أولى من اعتِبارِ حالِ أحدِهما والصّحيحُ ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ﴾ [الطلاق: ٧] وهذا نصٌّ في الباب.

وإذا عُرِفَ هذا فنَقولُ: إذا كان الزّوجُ مُعْسِرًا يُنْفِقْ عليها أدنى ما يَكفيها من الطّعامِ والإدامِ والدُّهْنِ بالمعروفِ ومن الكِسْوةِ أدنى ما يَكفيها من الصّيْفيّةِ والشّتْويّةِ، وإنْ كان مُتَوَسِّطًا يُنْفِقْ عليها أوسَعَ من ذلك بالمعروفِ ومن الكِسْوةِ أرفَعَ من ذلك بالمعروفِ، وإنّ كان غَنيًّا يُنْفِقْ عليها أوسَعَ من ذلك كُلِّه بالمعروفِ ومن الكِسْوةِ أرفَعَ من ذلك كُلِّه بالمعروفِ وإنّما كانتِ النّفَقةُ والكِسْوةُ بالمعروفِ؛ لأنّ دَفْعَ الضّرَرِ عن الزّوجَيْنِ واجِبٌ وذلك في إيجاب الوسَطِ من الكِفايةِ وهو تَفْسيرُ المعروفِ فيَكفيها من الكِسْوةِ في الصّيْفِ قَميصٌ وخِمارٌ ومِلْحَفةٌ وسَراويلُ - أيضًا في عُرْفِ ديارِنا - على قدرِ حالِه من الخشِنِ واللّيِّنِ والوسَطِ، والخشِنُ إذا كان من الفقراءِ واللّيِّنُ إذا كان من الأغْنياءِ والوسَطُ إذا كان من الأوساطِ وذلك كُلُّه من القُطْنِ أو الكتّانِ على حَسَب عاداتِ البُلْدانِ إلاّ الخِمارُ فإنّه يُفْرَضُ على الغنيِّ خِمارُ حَريرٍ، وفي الشّتاءِ يُزادُ على ذلك حَشْو وفَرْوةٌ بحَسَب اختلافِ البلادِ في الحرِّ والبرْدِ.

وأمّا نفقةُ الخادِمِ: فقد قِيلَ: إنّ الزّوجَ الموسِرَ يَلْزَمُه نفقةُ الخادِمِ كما يَلْزَمُ المُعْسِرَ نفقةُ امرأتِه وهو أدنى الكِفايةِ وكذا الكِسْوةُ.

ولو اختَلَفا فقالتِ المرأةُ: إنّه موسِرٌ وعليه نفقةُ الموسِرينَ، وقال الزّوجُ: إنّي مُعْسِرٌ وعَلَيّ نفقةُ المُعْسِرينَ والقاضي لا يعلَمُ بحالِه ذَكَرَ في كِتاب النّكاحِ أنّ القول قولُ الزّوجِ مع يمينِه وكذا ذَكَرَ القاضي والخصّافُ.

وذَكَرَ محمّدٌ في الزّياداتِ: أنّ القول قولُ المرأةِ مع يمينِها وأصلُ هذا أنّه مَتَى وقَعَ

---

(١) في المخطوط: «حالتها».

الاختلافُ بين الطّالِب [٢/ ١٤٢أ] وبين المطْلوب في يَسارِ المطْلوب وإعسارِه في سائرِ الدُّيونِ فالمشايِخُ اختَلَفوا فيه منهم مَنْ جعل القول قول المطْلوب مُطْلَقًا ومنهم مَنْ جعل القول قول الطّالِب مُطْلَقًا ومنهم مَنْ حَكّمَ فيه رأيَ المطْلوب ومحمّدٌ فصَلَ بين الأمرَيْنِ فجعل القول قول الطّالِب في البعضِ وقول المطْلوب في البعضِ، وذَكَرَ في الفصلِ أصلاً يوجِبُ أنْ يكونَ القولُ في النّفَقةِ قول المرأةِ وكذا فصَلَ الخصّافُ لكنّه ذَكَرَ أصلاً يقتَضي أنْ يكونَ القولُ في النّفَقةِ قول الزّوجِ . وبيانُ الأصلَيْنِ وذِكرُ الحُجَجِ يأتي في كِتاب الحبْسِ - إنْ شاء اللّه تعالى.

فإنْ أقامَتِ المرأةُ البيِّنةَ على يَسارِه قُبلَتْ بيِّنَتُها وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ فالبيِّنةُ بيِّنَتُها؛ لأنّها مُثْبتةٌ وبيِّنةُ الزّوجِ لا تُثْبتُ شيئًا، ولو فرَضَ القاضي لها نفقةَ شهرٍ وهو مُعْسِرٌ ثُمّ أيسَرَ قبل تَمامِ الشّهرِ يَزيدُها في الفرضِ؛ لأنّ النّفَقةَ تختَلِفُ باختلافِ اليسارِ والإعسارِ وكذلك لو فرَضَ لها فريضةً للوقتِ والسِّعْرُ رَخيصٌ ثُمّ غَلا فلم يَكفِها ما فرَضَ لها فإنّه يَزيدُها في الفرضِ؛ لأنّ الواجِبَ كِفايةُ الوقتِ وذلك يختلِفُ باختلافِ السِّعْرِ، ولو فرَضَ لها نفقةَ شهرٍ فدَفَعَها الزّوجُ إليها ثُمّ ضاعَتْ قبل تَمامِ الشّهرِ فليس عليه نفقةٌ أُخرى حتّى يمْضيَ الشّهرُ وكذا إذا كساها الزّوجُ فضاعَتِ الكِسْوةُ قبل تَمامِ المُدّةِ فلا كِسْوةَ لها عليه حتّى تمضيَ المُدّةُ التي أخذتْ لها الكِسْوةَ بخلافِ نفقةِ الأقارِب فإنّ هناك يُجْبَرُ على نفقةٍ أُخرى وكِسْوةٍ أُخرى لتَمامِ المُدّةِ التي أخذ لها الكِسْوةَ إذا حَلَفَ أنّها ضاعَتْ.

ووَجه الفرقِ: أنّ تلك النّفَقةَ تجبُ للحاجةِ؛ ألا تَرَى أنّها لا تجبُ إلاّ للمُحْتاجِ وقد تَحقّقَتِ الحاجةُ إلى نفقةٍ أُخرى وكِسْوةٍ أُخرى ووجوبُ هذه النّفَقةِ ليس معلولاً بالحاجةِ بدَليلِ أنّها تجبُ للموسِرةِ إلاّ أنّ لها شَبَهًا بالأعواضِ وقد جُعِلَتْ عِوَضًا عن الاحتِباسِ في جميعِ الشّهرِ فلا يَلْزَمُه عِوَضٌ آخَرُ في هذه المُدّةِ، ولو فرَضَ القاضي لها نفقةً أو كِسْوةً فمضى الوقتُ الذي أخذتْ له وقد بقيَتْ تلك النّفَقةُ أو الكِسْوةُ بأنْ أكلتْ من مالٍ آخَرَ أو لَبسَتْ ثَوْبًا آخَرَ فلَها عليه نفقةٌ أُخرى وكِسْوةٌ أُخرى بخلافِ نفقةِ الأقارِب.

والفرقُ ما ذَكَرْنا: أنّ نفقةَ الأقارِب تجبُ بعِلّةِ الحاجةِ صِلةً محضةً ولا حاجةَ عندَ بقاءِ النّفَقةِ والكِسْوةِ، ونفقةُ الزّوجاتِ لا تجبُ لمَكانِ الحاجةِ وإنّما تجبُ جَزاءً على الاحتِباسِ ليكنْ لها شُبْهةُ العِوَضيّةِ عن الاحتِباسِ وقد جُعِلَتْ عِوَضًا في هذه المُدّةِ وهي مُحْتَبسةٌ بعدَ

مُضيِّ هذه المُدّةِ بحَبْسٍ آخَرَ فلا بُدّ لها من عِوَضٍ آخَرَ، ولو نَفِدَتْ نفقَتُها قبل مُضيِّ المُدّةِ التي لها أُخِذَتْ أو تَخرّقَ الثّوبُ؛ فلا نفقةَ لها على الزّوجِ ولا كِسْوةَ حتّى تمضيَ المُدّةُ بخلافِ نفقةِ الأقارِب وكِسْوَتِهم، والفرقُ نحوُ ما ذَكَرْنا واللّه أعلَمُ .

فصل [في كيفية الوجوب]

وَأمّا بيانُ كيْفيّةِ وجوب هذه النّفَقةِ:

فقد اختلف العلماءُ في كيْفيّةِ وجوبها:

قال أصحابُنا: إنّها تجبُ على وجهٍ لا يصيرُ دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ إلاّ بقضاءِ القاضي أو بتَراضي الزّوجَيْنِ فإنْ لم يوجدْ أحدُ هذَيْنِ؛ تَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ [(١)] وقال الشّافعيُّ: إنّها تَصيرُ دَيْنًا في الذِّمّةِ من غيرِ قضاءِ القاضي ولا رِضاه ولا تَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ [(٢)] .

فيقعُ الكلامُ في هذا الفصلِ في مواضِعَ:

في بيانِ أنّ الفرضَ من القاضي أو التّراضي هل هو شرطُ صَيْرورةِ هذه النّفَقةِ دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ أم لا؟ .

وفي بيانِ شرطِ جَوازِ فرضِها من القاضي على الزّوجِ إذا كان شرطًا .

وفي بيانِ حُكمِ صَيْرورَتِها دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ .

أمّا الأوّلُ: فهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا . احتَجّ الشّافعيُّ بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] وعلى كلِمةُ إيجابٍ، فقد أخبَرَ سبحانه وتعالى عن وجوب النّفَقةِ والكِسْوةِ مُطْلَقًا عن الزّمانِ .

وقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق:٧] أمر تعالى بالإنْفاقِ مُطْلَقًا عن الوقتِ ولأنّ النّفَقةَ قد وجَبَتْ والأصلُ أنّ ما وجَبَ على إنسانٍ لا يَسْقُطُ إلاّ بالإيصالِ والإبْراءِ كسائرِ الواجِباتِ ولأنّها وجَبَتْ عِوَضًا لوجوبها بمُقابَلةِ المُتْعةِ فبقيَتْ في الذِّمّةِ من غيرِ قضاءٍ كالمهرِ .

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٢/ ٣٢٢)، الاختيار (٤/ ٦)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٩٧).

(٢) مذهب الشافعية: أنه لو ترك الزوج الإنفاق على زوجته مدة ما، فلا تسقط بمضي الزمان، ولكن تصير دينًا في ذمته سواء فرضها القاضي أم لا. انظر الوجيز (٢/ ١١٤)، الروضة (٩/ ٧٥، ٧٦).

والدّليلُ عليه: أنّ الزّوجَ يُجْبَرُ على تَسْليمِ النّفَقةِ ويُحْبَسُ عليها والصِّلةُ لا تحتَمِلُ الحبْسَ والجبْرَ.

ولنَا: أنّ هذه النّفَقةَ تَجْري مجرَى الصِّلةِ وإنْ كانت تُشْبه الأعواضَ لكنّها ليستْ بعِوَضٍ حقيقةً؛ لأنّها لو كانت عِوَضًا حقيقةً فإمّا إنْ كانت عِوَضًا عن نفسِ المُتْعةِ وهي الاستمْتاعُ. وإمّا إنْ كانت عِوَضًا عن ملكِ المُتْعةِ وهي الاختصاصُ بها لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ الزّوجَ مَلَكَ [٢/ ١٤٣أ] مُتْعَتَها بالعقدِ فكان هو بالاستمْتاعِ مُتَصرِّفًا في ملكِ نفسِه باستيفاءِ مَنافِعَ مَمْلوكةٍ له ومَنْ تَصَرّفَ في ملكِ نفسِه لا يَلْزَمُه عِوَضٌ لغيرِه ولا وجهَ للثّاني؛ لأنّ ملكَ المُتْعةِ قد قوبلَ بعِوَضٍ مَرّةً فلا يُقابَلُ بعِوَضٍ آخَرَ فخَلَتِ النّفَقةُ عن مُعَوّضٍ فلا يكونُ عِوَضًا حقيقةً بل كانت صِلةً؛ ولِذلك سَمّاها اللّه تعالى رِزْقًا بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والرِّزْقُ اسمٌ للصِّلةِ كرِزْقِ القاضي، والصِّلاتُ لا تُمْلَكُ بأنْفسِها بل بقَرينةٍ تَنْضَمُّ إليها وهي [١] القبْضُ كما في الهِبةِ أو قضاءِ القاضي؛ لأنّ (القاضيَ له) [٢] وِلايةُ الإلْزامِ في الجملةِ أو التّراضي؛ لأنّ وِلايةَ الإنسانِ على نفسِه أقوَى من وِلايةِ القاضي عليه بخلافِ المهرِ؛ لأنّه أوجِبَ بمُقابَلةِ ملكِ المُتْعةِ فكان عِوَضًا مُطْلَقًا فلا يَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ كسائرِ الدُّيونِ المُطْلَقةِ ولا حُجّةَ له في الآيتيْنِ؛ لأنّ فيهما وجوبَ النّفَقةِ لا بقاؤُها واجِبةً؛ لأنّهما لا يتعرّضانِ للوقتِ فلو ثَبَتَ البقاءُ إنّما يَثْبُتُ باستِصْحابِ الحالِ وأنّه لا يصْلُحُ لإلْزامِ الخصْمِ.

وأمّا قولُه: إنّ الأصلَ فيما وجَبَ على إنسانٍ لا [٣] يَسْقُطُ إلاّ بالإيصالِ [٤] أو الإبْراءِ فنَقولُ: هذا حُكمُ الواجِبِ مُطْلَقًا لا حُكمَ الواجِب على طريقِ الصِّلةِ بل حُكمُه أنّه يَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ كنفقةِ الأقارِب وأُجْرةِ المسكَنِ وقد خرج الجوابُ عن قولِه: إنّها وجَبَتْ عِوَضًا.

وأمّا الجبْرُ والحبْسُ: فالصِّلةُ تحتَمِلُ ذلك في الجملةِ فإنّه يُجْبَرُ على نفقةِ الأقارِب ويُحْبَسُ بها وإنْ كانت صِلةً وكذا مَنْ أوصَى بأنْ يوهَبَ عبدُه من فُلانٍ بعدَ موتِه فمات الموصي فامتَنَعَ الوارِثُ من تَنْفيذِ الوصية [٥] في العبدِ يُجْبَرُ عليه ويُحْبَسُ [به] [٦]؛ بأنّه

(١) في المخطوط: «وهو».
(٢) في المخطوط: «للقاضي».
(٣) في المخطوط: «أن لا».
(٤) في المخطوط: «بالقضاء».
(٥) في المطبوع: «الهبة».
(٦) زيادة من المخطوط.

وإنْ كانتِ الهِبةُ صِلةً فدَلّ أنّ الجبْرَ والحبْسَ لا يَنْفيانِ معنى الصِّلةِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا استَدانَتْ على الزّوجِ قبل الفرضِ أو التّراضي فأنْفقَتْ أنّها لا تَرْجِعُ بذلك على الزّوجِ [١] بل تكونُ مُتطَوِّعةً في الإنْفاقِ سَواءٌ كان الزّوجُ غائبًا أو حاضِرًا لأنها لم تَصِرْ دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ لعَدَمِ شرطِ صَيْرورَتِها دَيْنًا في ذِمّتِه فكانتِ الاستِدانةُ إلْزامَ الدّيْنِ الزّوجَ بغيرِ أمرِه وأمرِ مَنْ له وِلايةُ الأمرِ فلم يصحّ وكذا إذا أنْفقَتْ من مالِ نفسِها لما قُلْنا.

وكذا لو أبْرأتْ زوجَها من النّفَقةِ قبل فرضِ القاضي والتّراضي لا يصحُّ الإبْراءُ؛ لأنّه إبْراءٌ عَمّا ليس بواجِبٍ والإبْراءُ إسقاطٌ وإسقاطُ ما ليس بواجِبٍ مُمْتَنِعٌ وكذا لو صالَحَتْ زوجَها على نفقةٍ وذلك لا يَكفيها ثُمّ طَلَبَتْ من القاضي ما يَكفيها فإنّ القاضيَ يَفرِضُ لها ما يَكفيها؛ لأنّها حَطّتْ ما ليس بواجِبٍ والحطُّ قبل الوجوب باطِلٌ كالإبْراءِ واللّه أعلَمُ.

وأمّا الثاني: فلِوجوب الفرضِ على القاضي وجَوازِه منه شرطانِ:

أحدُهما: طَلَبُ المرأةِ الفرضَ منه؛ لأنّه إنّما يَفرِضُ النّفَقةَ على الزّوجِ حقًّا لها فلا بُدّ من الطّلَب من صاحِب الحقّ.

والثّاني: حَضْرةُ الزّوجِ حتّى لو كان الزّوجُ غائبًا فطَلَبَتِ المرأةُ من القاضي أنْ يَفرِضَ لها عليه نفقةً لم يَفرِضْ وإنْ كان القاضي عالِمًا بالزّوجيّةِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ الآخِرِ وهو قولُ شُرَيْحٍ وقد كان أبو حنيفةَ أوّلاً يقولُ: وهو قولُ إبْراهيمَ النّخَعيّ: إنّ هذا ليس بشرطٍ ويَفرِضُ القاضي النّفَقةَ على الغائب وحُجّةُ هذا القولِ ما رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال لهِنْدٍ امرأةِ أبي سُفْيانَ «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيك وَوَلَدَك بِالْمَعْرُوفِ» [٢] وذلك من النّبيّ ﷺ كان فرضًا للنّفَقةِ على أبي سُفْيانَ وكان غائبًا (وحُجّةُ القولِ الأخيرِ) [٣] أنّ الفرضَ من القاضي على الغائب قضاءٌ عليه. وقد صَحّ من أصلِنا أنّ القضاءَ على الغائب لا يجوزُ إلاّ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ ولم يوجدْ.

وأمّا الحديثُ: فلا حُجّةَ [له] [٤] فيه؛ لأنّ رسولَ اللّه ﷺ إنّما قال لهِنْدٍ على سبيلِ الفتْوَى لا

---

(١) في المخطوط: «زوجها».

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «وجه قول الآخر».

(٤) ليست في المخطوط.

على طريقِ القضاءِ بدَليلِ أنّه لم يُقَدِّرْ لها ما تَأخُذُه من مالِ أبي سُفْيانَ وفَرْضُ النّفَقةِ من القاضي تقديرُها فإذا لم تُقَدّرْ لم تَكُنْ فرضًا فلم تَكُنْ قضاءً تَحْقيقُه أنّ مَنْ يُجَوِّزُ [1] القضاءَ على الغائب فإنّما يُجَوِّزُه إذا كان غائبًا غَيْبَةَ سَفَرٍ فأمّا إذا كان في المِصْرِ فإنّه لا يجوزُ بالإجماعِ؛ لأنّه لا يُعَدُّ غائبًا وأبو سُفْيانَ لم يكنْ مُسافِرًا فدَلّ أنّ ذلك كان إعانةً لا قضاءً فإنْ لم يكنِ القاضي عالِمًا بالزّوجيّةِ فسَألَتِ القاضيَ أنْ يَسْمع بيِّنَتَها بالزّوجيّةِ ويَفْرِضَ على الغائب.

وقال أبو يوسُفَ: لا يَسْمَعُها [2] ولا يَفْرِضُ.

وقال زُفَرُ: يَسْمَعُ ويَفْرِضُ لها وتَسْتَدينُ عليه فإذا حَضَرَ الزّوجُ وأنْكَرَ يأمُرُها بإعادةِ البيِّنةِ في وجهِه فإنْ فعلَتْ نُفِّذَ [٢/ ١٤٣ب] الفرضُ وصَحّتِ الاستِدانةُ، وإنْ لم يفعلْ لم يُنَفّذْ ولم يصحّ.

وجه قولِ زُفَرَ: أنّ القاضيَ إنّما يَسْمَعُ هذه البيِّنةَ لا لإثباتِ النِّكاحِ على الغائب ليُقال: إنّ الغَيْبةَ تمنَعُ من ذلك بل ليتوصّلَ بها إلى الفرضِ، ويجوزُ سَماعُ البيِّنةِ في حقِّ حُكمٍ دونَ حُكمٍ كشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ على السّرقةِ وأنّها تُقْبَلُ في حقِّ المالِ ولا تُقْبَلُ في حقِّ [السرقة] [3] كذا ههنا تُقْبَلُ هذه البيِّنةُ في حقِّ صحّةِ الفرضِ (ولاتقبل) [4] في إثباتِ النِّكاحِ، فإذا حَضَرَ [وأنْكرَ] [5] استَعادَ منها البيِّنةَ فإنْ أعادَتْ نُفِّذَ [6] الفرضُ و صَحّت الاستِدانةُ عليه وإلاّ فلا.

والصّحيحُ: قولُ أبي يوسُفَ؛ لأنّ البيِّنةَ على أصلِ أصحابنا لا تُسْمَعُ إلاّ على خَصْمٍ حاضِرٍ ولا خَصْمَ فلا تُسْمَعُ، وما ذَكَرَه زُفَرُ أنّ بيِّنَتَها تُقْبَلُ في حقِّ صحّةِ الفرضِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ صحّةَ الفرضِ مبنيّةٌ على ثُبوتِ الزّوجيّةِ فإذا لم يكنْ إلى إثباتِ الزّوجيّةِ بالبيِّنةِ سبيلٌ لعَدَمِ الخصْمِ لم يصحّ، فلا سبيلَ إلى القبولِ في حقِّ صحّةِ الفرضِ ضَرورةً.

هذا إذا كان الزّوجُ غائبًا ولم يكنْ له مالٌ حاضِرٌ فأمّا إذا كان له مالٌ حاضِرٌ فإنْ كان المالُ في يَدِها وهو من جِنْسِ النّفَقةِ فلَها أنْ تُنْفِقَ على نفسِها (من غير إذن) [7] القاضي

---

(١) في المخطوط: «جوّز».

(٢) في المخطوط: «لا يسمع».

(٣) في المطبوع: «القطع».

(٤) في المطبوع: «لا».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «بعد».

(٧) في المطبوع: «منه بغير أمر».

لحَديثِ أبي سُفْيانَ فلو طَلَبَتِ المرأةُ من القاضي فرضَ النّفَقةِ في ذلك المالِ وعَلِمَ القاضي بالزّوجيّةِ وبالمالِ فرَضَ لها النّفَقةَ ؛ لأنّ لها أنْ تأخُذَه فتُنْفِقَ على نفسِها من غيرِ فرضِ القاضي فلم يكنِ الفرضُ من القاضي في هذه الصّورةِ قضاءً بل كان إعانةً لها على استيفاءِ حقِّها وإنْ كان في يَدِ مودِعِه أو مُضارِبه أو كان له دَيْنٌ على غيرِه فإنْ كان صاحِبُ اليدِ مُقِرًّا بالوديعة والزّوجيّةِ أو كان مَنْ عليه الدّيْنُ مُقِرًّا بالدّيْنِ والزّوجيّةِ أو كان القاضي عالِمًا بذلك فرَضَ لها في ذلك المالِ نفقتَها في قولِ أصحابنا الثّلاثةِ وقال زُفَرُ : لا يَفْرِضُ.

وجه قوله: أنّ هذا قضاءٌ على الغائب من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ ؛ إذِ المودِعُ ليس بخَصْمٍ على الزّوجِ وكذا المديونُ فلا يجوزُ.

ولنا: أنّ صاحِبَ اليدِ وهو المودِعُ إذا أقَرّ بالوديعةِ والزّوجيّةِ أو أقَرّ المديونُ بالدّيْنِ والزّوجيّةِ فقد أقَرّ أنّ لها حقّ الأخذِ والاستيفاءِ ؛ لأنّ للزّوجةِ أنْ تَمُدّ يَدَها إلى مالِ زوجِها فتَأخُذَ كِفايتَها منه ؛ لحَديثِ امرأةِ أبي سُفْيانَ ، فلم يكنِ القاضي فرَضَ لها النّفَقةَ في ذلك المالِ قضاءً بل كان إعانةً لها على أخذِ حقِّها وله على إحياءِ زوجَتِه ؛ فكان له ذلك وإنْ جَحَدَ أحدَ الأمرَيْنِ ولا علمَ للقاضي به ولم يَسْمَعِ البيِّنةَ ولم يَفْرِضْ ؛ لأنّ سَماعَ البيِّنةِ والفرضِ يكونُ قضاءً على الغائب من غيرِ خَصْمٍ حاضِرٍ ؛ لأنّه إنْ أنْكرَ الزّوجيّةَ لا يُمْكِنُها إقامةُ البيِّنةِ على الزّوجيّةِ ؛ لأنّ المودِعَ ليس بخَصْمٍ عنه في الزّوجيّةِ وإنْ أنْكرَ الوديعةَ أو الدّيْنَ لا يُمْكِنُها إقامةُ البيِّنةِ على الوديعةِ والدّيْنِ ؛ لأنّها ليستْ بخَصْمٍ عن زوجِها في إثباتِ حُقوقِه فكان سَماعُ البيِّنةِ على ذلك قضاءً على الغائب من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ وذلك غيرُ جائزٍ عندَنا هذا إذا كانتِ الوديعةُ والدّيْنُ من جِنْسِ النّفَقةِ بأنْ كانت دراهمَ أو دَنانيرَ أو طعامًا أو ثيابًا من جِنْسِ كِسْوَتِها فأمّا إذا كان من جِنْسٍ آخَرَ فليس لها أنْ تَتَناوَلَ شيئًا من ذلك وإنْ طَلَبَتْ من القاضي فرَضَ النّفَقةَ فيه فإنْ كان عَقارًا لا يَفْرِضُ القاضي النّفَقةَ بالإجماعِ ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ إيجابُ النّفَقةِ فيه إلاّ بالبيعِ ولا يُباعُ العقارُ على الغائب في النّفَقةِ بالاتّفاقِ وإنْ كان مَنْقولاً من العُروضِ فقد ذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ الخلافَ فيه ، فقال [القاضي] [1] : لا يَبيعُ العُروضَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ وعندَهما : له أنْ يَبيعَها عليه وهي مسألةُ الحجْرِ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

وذَكَرَ القُدوريُّ [(١)] المسألةَ على الاتِّفاقِ فقال القاضي: إنّما يَبيعُ على أصلِهما على الحاضِرِ المُمْتَنِعِ عن قضاءِ الدّيْنِ لكَوْنِه ظالِمًا في الامتِناعِ دَفْعًا لظُلْمِه والغائبُ لا يُعْلَمُ امتِناعُه فلا يُعْلَمُ ظُلْمُه فلا يُباعُ عليه وإذا فرَضَ القاضي لها النّفَقةَ في شيءٍ من ذلك وأخذ منها كفيلاً فهو حَسَنٌ لاحتمالِ أنْ يَحْضُرَ الزّوجُ فيُقيمَ البيِّنةَ على طلاقِها أو على إيفاءِ حقِّها في النّفَقةِ عاجِلاً فيَنْبَغي أنْ يَسْتَوْثِقَ فيما [(٢)] يُعْطيها بالكفالةِ ثُمّ إذا رَجَعَ الزّوجُ يُنْظَرُ إنْ كان لم يُعَجِّلْ لها النّفَقةَ؛ فقد مضى الأمرُ، وإنْ كان قد عَجّلَ وأقامَ البيِّنةَ على ذلك أو لم يُقِم له بيِّنةً واستَحْلَفَها فنَكَلَتْ فهو بالخيارِ إنْ شاء أخذ من المرأةِ وإنْ شاء أخذ من الكفيلِ ولو أقَرّتِ المرأةُ أنّها كانت قد تَعَجّلَتِ النّفَقةَ من الزّوجِ فإنّ الزّوجَ يأخُذُ منها ولا يأخُذُ من الكفيلِ؛ لأنّ الإقرارَ حُجّةٌ قاصِرةٌ فيَظْهَرُ في حقِّها لا في حقِّ الكفيلِ، ولو طَلَبَتِ [٢/ ١٤٤أ] الزّوجةُ [(٣)] من الحاكِمِ [(٤)] أنْ يَدْفَعَ [لها] [(٥)] مَهْرَها ونفقتَها من الوديعةِ والدّيْنِ؛ لم يفعلْ ذلك وإنْ كان عالِمًا بهما؛ لأنّ القضاءَ بالنّفَقةِ في الوديعةِ والدّيْنِ كان نَظَرًا للغائب لما في الإنْفاقِ من إحياءِ زوجَتِه بدَفْعِ الهَلاكِ عنها، والظّاهرُ أنّه يَرْضَى بذلك وهذا المعنى لا يوجدُ في المهرِ والدّيْنِ، ولو كان الحاكِمُ فرَضَ لها على الزّوجِ النّفَقةَ قبل غَيْبَتِه، فطَلَبَتْ من الحاكِمِ أنْ يقضيَ لها بنفقةٍ ماضيةٍ في الوديعةِ والدّيْنِ قضَى لها بذلك؛ لأنّه لَمّا جاز القضاءُ بالنّفَقةِ في الوديعةِ، والدّيْنُ يَسْتَوي فيه الماضي والمُسْتقبَلُ؛ لأنّ طريقَ الجوازِ لا يختلِفُ. وكذلك إذا كان للغائب مالٌ حاضِرٌ وهو من جِنْسِ النّفَقةِ وله أولادٌ صِغارٌ فقراءُ وكِبارٌ ذُكورٌ زَمْنَى فقراءُ أو إناثٌ فقيراتٌ ووالِدانِ فقيرانِ، فإنْ كان المالُ في أيديهم فلَهم أنْ يُنْفِقوا منه على أنْفُسِهم، وإنْ [(٦)] طَلَبوا من القاضي فرضَ النّفَقةِ منه فرَضَ؛ (لأنّ الفرضَ منه) [(٧)] يكونُ إعانةً لا قضاءً، [وإنْ كان المالُ في يَدِ مودِعِه أو كان دَيْنًا على إنسانٍ فرَضَ القاضي نفقَتَهم منه.

وكذلك] [(٨)] إذا أقَرّ المودِعُ والمديونُ الوديعةَ والدّيْنِ (وبالسبب) [(٩)] أو عَلِمَ القاضي

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ما».
(٣) في المخطوط: «المرأة».
(٤) في المخطوط: «القاضي».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فإن».
(٧) في المخطوط: «لأنه».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المطبوع: «والنسب».

بذلك؛ لأنّ نفقةَ الوالِدينَ والمولودينَ تجبُ بطريقِ الإحياءِ؛ لأنّ الإنسانَ يَرْضَى بإحياءِ كُلِّه، وجزئِه [١] من مالِه، ولهذا كان لأحدِهما أنْ يمُدّ يَدَه إلى مالِ الآخَرِ عندَ الحاجةِ ويأخُذَه من غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا وقد تَحققَتِ الحاجةُ ههنا فكان للقاضي أنْ يَفرِضَ ذلك من طريقِ الإعانةِ لصاحِبِ الحقِّ، وإنْ جَحَدَهما أو أحدَهما ولا علمَ للقاضي به لم يَفرِضْ لما ذَكَرْنا في الزّوجةِ ولا يُفْرَضُ لغيرِهما ولا من ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ نفقتُهم في مالِ الغائب؛ لأنّ نفقتَهم من طريقِ الصِّلةِ المحضةِ؛ إذْ ليس لهم حقٌّ في مالِ الغائب أصلاً.

ألا تَرَى أنّه ليس لأحدٍ أنْ يمُدّ يَدَه إلى مالِ صاحِبه فيأخُذَه وإنْ مسّتْ حاجَتُه من غيرِ قضاءِ القاضي فكان الفرضُ قضاءً على الغائب من غيرِ خَصْمٍ حاضِرٍ؛ فلا يجوزُ، وإنْ لم يكنِ المالُ من جِنْسِ النّفَقةِ؛ فليس لهم أنْ يَبيعوا بأنْفُسِهم وليس للقاضي أنْ يَبيعَ على الغائب في النّفَقةِ على هؤلاء العقارَ بالإجماعِ والحُكمُ في العُروضِ ما بيّنّا من الاتّفاقِ أو الاختلافِ، وفي بيعِ الأب العُروضَ خلافٌ نَذْكُرُه في نفقةِ المحارمِ.

وأمّا يَسارُ الزّوجِ فليس بشرطٍ لوجوب الفرضِ حتّى لو كان مُعْسِرًا وطَلَبَتِ المرأةُ الفرضَ من القاضي فرَضَ عليه إذا كان حاضِرًا وتَسْتَدينُ عليه فتُنْفِقُ على نفسِها؛ لأنّ الإعسارَ لا يمْنَعُ وجوبَ هذه النّفَقةِ فلا يمْنَعُ الفرضَ، وإذا طَلَبَتِ المرأةُ من القاضي فرضَ النّفَقةِ على زوجِها الحاضِرِ، فإنْ كان قبل النُّقْلةِ وهي بحيثُ لا تمتَنِعُ من التّسْليمِ [لو طالَبَها بالتّسْليمِ] [٢] أو كان امتِناعُها بحقٍّ، فرَضَ القاضي لها؛ إعانةً لها على الوُصولِ إلى حقِّها الواجِب لوجودِ سبب الوجوب وشرطِه، وإنْ كان بعدَما حَوّلَها إلى منزلِه فزَعَمَتْ أنّه ليس يُنْفِقُ عليها أو شَكَتِ التّضْييقَ في النّفَقةِ، فلا يَنْبَغي له أنْ يُعَجِّلَ بالفرضِ ولكنّه يأمُرُه بالنّفَقةِ (والتّوْسيعِ فيها) [٣]؛ لأنّ ذلك من باب الإمساكِ بالمعروفِ، وإنّه مأمورٌ به ويتأنّى في الفرضِ ويتولّى الزّوجُ الإنْفاقَ بنفسِه قبل الفرضِ إلى أنْ يَظْهَرَ ظُلْمُه بالتّرْكِ والتّضْييقِ في النّفَقةِ، فحينئذٍ يَفرِضُ عليه نفقةً كُلّ شهرٍ ويأمُرُه أنْ يَدْفَعَ النّفَقةَ إليها لتُنْفِقَ هي بنفسِها على نفسِها.

ولو قالت: أيُّها القاضي إنّه يُريدُ أنْ يَغيبَ فخُذْ لي منه كفيلاً [٤] بالنّفَقةِ، لا يُجْبرُه

---

(١) في المخطوط: «وجزؤه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «والتوسع».
(٤) في المخطوط: «الكفيل».

القاضي على إعطاءِ الكفيلِ؛ لأنّ نفقةَ المُستقبَلِ غيرُ واجِبةٍ للحالِ فلا يُجْبَرُ على الكفيلِ بما ليس بواجِبٍ يُحقّقُه أنّه لا يُجْبَرُ على الكفيل [١] بدَيْنٍ واجِبٍ، فكيف بغيرِ الواجِب [٢]، وإلى هذا أشارَ أبو حنيفةَ فقال: لا أوجِبُ عليه كفيلاً بنفقةٍ لم تجبْ لها بعدُ.

وقال أبو يوسُفَ أستَحْسِنُ أنْ آخُذَ [٣] لها منه كفيلاً بنفقةِ شهرٍ؛ لأنّا نَعْلَمُ بالعادةِ أنّ هذا القدرَ يجبُ في السّفرِ؛ لأنّ السّفَرَ يمْتَدُّ إلى شهرٍ غالبًا.

والجوابُ أنّ نفقةَ الشّهرِ لا تجبُ قبل الشّهرِ فكان تكفيلاً بما ليس بواجِبٍ فلا يُجْبَرُ عليه، ولكنْ لو أعطاها كفيلاً جاز؛ لأنّ الكفالةَ بما ينوبُ على فُلانٍ جائزةٌ.

وأما الثالث: وهو بيانُ حُكمِ صَيْرورةِ هذه النّفَقةِ دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ، فنَقولُ: إذا فرَضَ القاضي لها نفقةَ كُلّ شهرٍ أو تَراضَيا على ذلك ثُمّ مَنَعَها الزّوجُ قبل ذلك أشهرًا غائبًا كان أو حاضِرًا، فلَها أنْ تُطالبه بنفقةِ ما مضى؛ لأنّها صارتْ دَيْنًا بالفرضِ أو التّراضي [٤]؛ صارتْ في استِحْقاقِ المُطالَبةِ بها كسائرِ الدُّيونِ بخلافِ نفقةِ الأقارِب إذا مَضَتِ المُدّةُ ولم تُؤخَذْ، أنّها تَسْقُطُ؛ لأنّها لا تَصيرُ دَيْنًا رأسًا؛ لأنّ وجوبَها للكِفايةِ وقد حَصَلَتِ الكِفايةُ فيما مضى فلا يَبْقَى الواجِبُ كما لو استَغْنَى بمالِه.

فأمّا وجوبُ [٢/ ١٤٤ب] هذه النّفَقةِ فليس للكِفايةِ وإنْ كانت مُقَدّرةً بالكِفايةِ، ألا تَرَى أنّها تجبُ مع الاستِغْناءِ بأنْ كانت موسِرةً وليس في مُضيِّ الزّمانِ إلاّ الاستِغْناءَ [فلا يُمْنَعُ بقاءُ الواجِب] [٥]، ولو أنْفَقَتْ من مالِها بعدَ الفرضِ أو التّراضي لها أنْ تَرْجِعَ على الزّوجِ؛ لأنّ النّفَقةَ صارتْ دَيْنًا عليه.

وكذلك [٦] إذا استَدانَتْ على الزّوجِ لما قُلْنا، سَواءٌ كانتِ استِدانَتُها بإذنِ القاضي أو بغيرِ إذنِه غيرَ أنّها إنْ كانت بغيرِ إذنِ القاضي؛ كانتِ المُطالَبةُ عليها خاصّةً ولم يكنْ للغَريمِ أنْ يُطالب الزّوجَ بما استَدانَتْ، وإنْ كانت بإذنِ القاضي؛ لها أنْ تُحيلَ الغريمَ على الزّوجِ فيُطالبه بالدّيْنِ وهو فائدةُ إذنِ القاضي بالاستِدانةِ.

---

(١) في المطبوع: «التكفيل».
(٢) في المخطوط: «واجب».
(٣) في المخطوط: «يأخذ».
(٤) في المخطوط: «بالتراضي».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «وكذا».

ولو فرَضَ الحاكِمُ النّفَقةَ على الزّوجِ فامتَنَعَ من دَفْعِها وهو موسِرٌ وطَلَبَتِ المرأةُ حَبْسَه لها أنْ تَحْبسَه؛ لأنّ النّفَقةَ لَمّا صارتْ دَيْنًا عليه بالقضاءِ؛ صارتْ كسائرِ الدُّيونِ إلاّ أنّه لا يَنْبَغي أنْ يَحْبسَه في أوّلِ مَرّةٍ تَقَدّمَ إليه [١] بل يُؤَخِّرُ الحبْسَ إلى مجلسَيْنِ أو ثلاثةٍ يَعِظُه في كُلِّ مجلسٍ يُقَدّمُ إليه فإنْ لم يَدْفَعْ حَبَسَه حينئذٍ كما في سائرِ الدُّيونِ لما نَذْكُرُ في كِتاب الحبْسِ إنْ شاء اللّه تعالى.

وإذا حُبسَ لأجلِ النّفَقةِ، فما كان من جِنْسِ النّفَقةِ سَلّمَه القاضي إليها بغيرِ رِضاه بالإجماعِ، وما كان من خلافِ الجِنْسِ لا يَبيعُ عليه شيئًا من ذلك، ولكنْ يأمُرُه أنْ يَبيعَ بنفسِه، وكذا في سائرِ الدُّيونِ في قولِ أبي حنيفةَ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يَبيعُ عليه وهي مسألةُ الحجْرِ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ، نَذْكُرُها في كِتاب الحجْرِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فإنِ ادّعَى الزّوجُ أنّه قد أعطاها النّفَقةَ وأنْكَرَتْ، فالقولُ قولُها مع يمينِها؛ لأنّ الزّوجَ يَدّعي [٢] قضاءَ دَيْنٍ عليه وهي مُنْكِرةٌ فيكونُ [٣] القولُ قولها مع يمينِها كما في سائرِ الدُّيونِ.

ولو أعطاها الزّوجُ مالاً فاختَلَفا فقال الزّوجُ: هو من المهرِ، وقالت هي: هو من النّفَقةِ، فالقولُ قولُ الزّوجِ، إلاّ أنْ تُقيمَ المرأةُ البيِّنةَ؛ لأنّ التّمْليكَ منه فكان هو أعرَفَ بجِهةِ التّمْليكِ كما لو بَعَثَ إليها شيئًا فقالت: هو هَديّةٌ، وقال: هو من المهرِ، (أنّ القول فيه) [٤] قولُه إلاّ في الطّعامِ الذي يُؤْكَلُ - لما قُلْنا - كذا هذا.

ولو كان للزّوجِ عليها دَيْنٌ فاحتَسبتْ عن [٥] نفقَتِها؛ جاز لكنْ برِضا الزّوجِ؛ لأنّ التّقاصُرَ إنّما يقعُ بين الدّيْنَيْنِ المُتَماثِلَيْنِ؛ ألا تَرَى أنّه لا يقعُ بين الجيِّدِ والرّديءِ، ودَيْنُ الزّوجِ أقوَى بدَليلِ أنّه لا يَسْقُطُ بالموتِ، ودَيْنُ النّفَقةِ يَسْقُطُ بالموتِ، فاشتَبَهَ الجيِّدُ بالرّديءِ، فلا بُدّ من المُقاصّةِ بخلافِ غيرِها من الدُّيونِ واللّه أعلَمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «عليه».
(٢) في المخطوط: «ادَّعى».
(٣) في المخطوط: «فكان».
(٤) في المخطوط: «فالقول».
(٥) في المخطوط: «من».

فَصْلٌ [فيما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينًا في الذمة]

وأمّا بيانُ ما يُسْقِطُها بعدَ وجوبها وصَيْرورَتِها دَيْنًا في ذِمّةِ الزّوجِ : فالمُسْقِطُ لها بعدَ الوجوب [1] قِيلَ : صَيْرورَتُها دَيْنًا في الذِّمّةِ واحدٌ وهو مُضيُّ الزّمانِ من غيرِ فرضِ [2] القاضي والتّراضي .

وأمّا المُسقِطُ لها بعدَ صَيْرورَتِها دَيْنًا في الذِّمّةِ [3] فأُمورٌ:

منها: الإبْراءُ عن النّفَقةِ الماضيةِ ؛ لأنّها لَمّا صارتْ [دَيْنًا] [4] في ذِمّتِه كان الإبْراءُ إسقاطًا لدَيْنٍ واجِبٍ فيصحُّ كما في سائرِ الدُّيونِ، ولو أبْرأتْه عَمّا يُسْتقبَلُ من النّفَقةِ المفْروضةِ ؛ لم يصحّ الإبْراءُ ؛ لأنّها تجبُ شيئًا فشيئًا على حَسَب حُدوثِ الزّمانِ، فكان الإبْراءُ منها إسقاطَ الواجِب قبل الوجوب وقبل وجودِ سببِ الوجوب أيضًا، وهو حقُّ الحبْسِ ؛ لأنّه يتجدد بتَجَدُّدِ الزّمانِ ؛ فلم يصحّ، وكذا يصحُّ هِبةُ النّفَقةِ الماضيةِ ؛ لأنّ هِبةَ الدّيْنِ يكونُ إبْراءً عنه فيكونُ إسقاطَ دَيْنٍ واجِبٍ فيصحُّ، ولا تَصحُّ هِبةُ ما يُسْتقبَلُ لما قُلْنا .

ومنها: موتُ أحدِ الزّوجَيْنِ حتّى لو ماتَ الرّجُلُ قبل إعطاءِ النّفَقةِ لم يكنْ للمرأةِ أنْ تَأخُذَها من مالِه، ولو ماتتِ المرأةُ لم يكنْ لوَرَثَتِها أنْ يأخُذوا لما ذَكَرْنا أنّها تَجْري مجرَى الصِّلةِ، والصِّلةُ تَبْطُلُ بالموتِ قبل القبْضِ كالهِبةِ، فإنْ كان الزّوجُ أَسْلَفَها نفقَتَها وكِسْوَتَها ثُمّ [5] مات قبل مُضيِّ ذلك الوقتِ لم تَرْجِعْ ورَثَتُه عليها بشيءٍ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ سَواءٌ كان قائمًا أو مُسْتَهْلَكًا، وكذلك لو ماتتْ هي لم يرجعِ الزّوجُ في تَرِكَتِها عندَهما .

وقال محمّدٌ : لها حِصّةُ ما مضى من النّفَقةِ والكِسْوةِ ويجبُ رَدُّ الباقي إنْ كان قائمًا وإنْ كان هالِكًا فلا شيءَ بالإجماعِ .

ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ أنّها إنْ كانت قَبَضَتْ نفقةَ شهرٍ فما دونَه ؛ لم يرجعْ عليها بشيءٍ، وإنْ كان المفْروضُ أكثَرَ من ذلك يَرْفَعُ [6] عنها نفقةَ شهرٍ ورَدّتْ ما بقيَ، وجه

---

(١) في المخطوط : «وجوبها».
(٢) في المخطوط : «قضاء».
(٣) في المخطوط : «ذمة الزوج».
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «حتى».
(٦) في المخطوط : «رفع».

هذه الرِّوايةِ أنّ الشّهرَ فما دونَه في حُكمِ القليلِ فصار كنفقةِ الحالِ، وما زادَ عليه في حُكمِ الكثيرِ فيَثْبُتُ به الرُّجوعُ كالدّيْنِ.

وجه ظاهرِ قولِ محمّدٍ: أنّ هذه النّفَقةَ تُشْبه الأعواضَ فتَسْلَمُ لها بقدرِ ما سَلِمَ للزّوجِ من المُعَوّضِ كالإجارةِ إذا عَجّلَ المُسْتَأجِرُ الأُجْرةَ، ثُمّ مات أحدُهما قبل تَمامِ [٢/ ١٤٥أ] المُدّةِ.

وجه [قولهما] [١] أنّ هذه صِلةٌ اتّصَلَ بها القبْضُ فلا يَثْبُتُ فيها الرُّجوعُ بعدَ الموتِ كسائرِ الصِّلاتِ المقبوضةِ.

وأمّا قولُه: إنّها تُشْبه الأعواضَ، فنَعَم لكنْ بوَصفِها لا بأصلِها، بل هي صِلةٌ بأصلِها، ألا تَرَى أنّها تَسْقُطُ بالموتِ قبل القبْضِ بلا خلافٍ بين أصحابنا لاعتِبارِ معنى الصِّلةِ فيُراعى فيها المعنَيانِ جميعًا، فراعَيْنا معنى الأصلِ بعدَ القبْضِ [فقُلْنا: إنّها لا تَبْطُلُ بالموتِ بعدَ القبْضِ، فلا يَثْبُتُ فيها الرُّجوعُ اعتِبارًا للأصلِ وراعَيْنا معنى الوصفِ قبل القبْضِ] [٢] فقُلْنا: إنّها تَبْطُلُ بالموتِ قبل القبْضِ كالصِّلاتِ، وراعَيْنا معنى الوصفِ بعدَ القبْضِ فقُلْنا: لا يَثْبُتُ فيها الرُّجوعُ كالأعواضِ اعتِبارًا للأصلِ والوصفِ جميعًا على ما هو الأصلُ في العمَلِ بالشّبَهَيْنِ عندَ الإمكانِ واللّه الموَفّقُ.

فَصْلٌ [في نفقة الأقارب]

وأمّا نفقةُ الأقارِب فالكلامُ فيها أيضًا يقعُ في المواضِعِ التي ذَكَرْناها في نفقةِ الزّوجاتِ وهي:

بيانُ وجوب هذه النّفَقةِ، وسببُ وجوبها، وشرطُ الوجوب، ومِقْدارُ الواجِب، وكَيْفيّةُ الوجوب، وما يُسْقِطُها بعدَ الوجوب.

أمّا الأوّلُ: وهو بيانُ الوجوب: فلا يُمْكِنُ الوُصولُ إليه إلاّ بعدَ معرِفةِ أنواعِ القراباتِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ: القرابةُ في الأصلِ نوعانِ: قَرابةُ الوِلادةِ [٣]، وقَرابةُ غيرِ الوِلادةِ [٤].

---

(١) في المطبوع: «قوله».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الولاد».
(٤) في المخطوط: «الولاد».

وقَرابةُ غيرِ الوِلادةِ [(١)] نوعانِ أيضًا:

قَرابةٌ مُحَرِّمةٌ للنّكاحِ كالأُخوّةِ والعُمومةِ والخُؤولةِ.

وقَرابةٌ غيرُ مُحَرِّمةٍ للنّكاحِ كقَرابةِ بَني الأعمامِ والأخوالِ والخالاتِ، ولا خلافَ في وجوب النّفَقةِ في قَرابةِ الوِلادةِ.

وامّا نفقةُ الوالِدَيْن: فلِقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء:٢٣] أي: أمر رَبُّك وقضَى أنْ لا تعبُدوا إلاّ إيّاه وأمر سبحانه وتعالى ووَصّى بالوالِدَيْنِ إحسانًا، والإنْفاقُ عليهما حالَ فقْرِهما من أحْسَنِ الإحسانِ، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت:٨] وقوله تعالى: ﴿أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ﴾ [لقمان:١٤] والشُّكرُ للوالِدَيْنِ هو المُكافَأةُ [لهما أمر سبحانه وتعالى الولدَ أنْ يُكافِئَ لهما ويُجازيَ بعضَ ما كان منهما إليه من التّربيةِ والبرِّ والعطْفِ عليه] [(٢)] والوِقايةِ من كُلِّ شرٍّ ومَكروهٍ، وذلك عندَ عَجْزِهما عن القيامِ بأمرِ أنْفُسِهما و [(٣)] الحوائجِ لهما، وإدْرارُ النّفَقةِ عليهما حالَ عَجْزِهما وحاجَتِهما من باب شُكرِ النِّعْمةِ فكان واجبًا وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان:١٥] وهذا في الوالِدَيْنِ الكافرَيْنِ، فالمسلمانِ أولى، والإنْفاقُ عليهما عندَ الحاجةِ من أعرَفِ المعروفِ، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ [وَلَا تَنْهَرْهُمَا] [(٤)]﴾ [الإسراء:٢٣] وأنّه كِنايةٌ عن كلامٍ فيه ضَرْبُ إيذاءٍ، ومعلومٌ أنّ معنى التّأذّي بتَرْكِ الإنْفاقِ عليهما عندَ عَجْزِهما وقُدْرةِ الولَدِ أكثَرُ فكان النّهيُ عن التّأفيفِ نَهْيًا عن تَرْكِ الإنْفاقِ دَلالةً، كما كان نَهْيًا عن الشّتْمِ والضّرْب دَلالةً.

ورُوِيَ عن جابرِ بنِ عبدِ اللّه رضي الله عنه أنّ رجلاً جاءَ إلى رسولِ اللّه ﷺ ومعه أبوه فقال: يا رسول اللّه إنّ لي مالاً وإنّ لي أبًا، وله مالٌ، وإنّ أبي يُريدُ أنْ يأخُذَ مالي، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «أنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيك» [(٥)] أضافَ مالَ الابنِ إلى الأب بلام الملك وظاهرُه

---

(١) في المخطوط: «الولاد».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عن».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) صحيح: رواه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، حديث (٢٢٩٢)، وبنحوه رواه أبو داود، حديث (٣٥٣٠)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٨٠)، والطحاوى في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٨)، والبزار في مسنده (١/ ٤١٩، ٤٢٠)، حديث (٢٩٥)، والطبراني في مسنده الشاميين، ص (٢١٢)، حديث (٣٧٩)، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ١٨٩)، ونصب الراية (٣/ ٣٣٨)، والإرواء (١٦٢٥).

يقتَضي أنْ يكونَ للأب في مالِ ابنِه [١] حقيقةُ الملكِ، فإنْ لم تَثْبُتِ الحقيقةُ فلا أقلّ من أنْ يَثْبُتَ له حقُّ التّمْليكِ عندَ الحاجةِ .

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إنَّ أَطْيَبَ مَا يَأْكُلُ [٢] الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ، إِذَا احْتَجْتُمْ إِلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ» [٣] والحديثُ حُجّةٌ بأوّلِه وآخِرِه، أمّا بآخِرِه فظاهرٌ؛ لأنّه [٤] ﷺ أطْلَقَ للأب الأكلَ من كسْب ولدِه [٥] إذا احتاجَ إليه مُطْلَقًا عن شرطِ الإذنِ والعِوَضِ فوَجَبَ القولُ به .

وأمّا بأوّلِه؛ فلأنّ معنى قولِه: «وإنّ ولدَه من كسْبه» أي: كسْبُ ولدِه من كسْبه؛ لأنّه جعل كسْبَ الرّجُلِ أطْيَبَ المأكولِ، والمأكولُ كسْبُه لا نفسُه، وإذا كان كسْبُ ولدِه كسْبَه كانت نفقَتُه فيه؛ لأنّ نفقةَ الإنسانِ في [٦] كسْبه ولأنّ ولدَه لَمّا كان من كسْبه؛ كان كسْبُ ولدِه ككَسْبه وكَسْبُ كسْبِ الإنسانِ كسْبُه، ككَسْب عبدِه المأذونِ فكانت نفقَتُه فيه .

وأمّا نفقةُ الولدِ فلِقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلى قولِه: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: [وكسوتهن، أي] [٧] رِزْقُ الوالِداتِ المُرْضِعاتِ، فإنْ كان المُرادُ من الوالِداتِ المُرضِعاتِ المُطَلّقاتِ المُنْقضياتِ العِدّةِ، ففيها إيجابُ نفقةِ الرّضاعِ على المولودِ له وهو الأبُ لأجلِ الولدِ كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وإنْ كان المُرادُ مِنْ (هُنّ): المنكوحاتِ أو المُطَلّقاتِ المُعْتَدّاتِ، فإنّما ذَكَرَ النّفَقةَ والكِسْوةَ في حالِ الرّضاعِ، وإنْ كانتِ المرأةُ تَسْتوجِبُ ذلك من غيرِ ولدٍ؛ لأنّها تحتاجُ إلى فضْلِ إطعامٍ [٨] وفَضْلِ كِسْوةٍ لمَكانِ الرّضاعِ .

ألا تَرَى أنّ لها أنْ تُفْطِرَ لأجلِ الرّضاعِ إذا كانت صائمةً لزيادةِ حاجَتِها إلى الطّعامِ بسبب الولدِ ولأنّ الإنْفاقَ عندَ [٢/ ١٤٥ب] الحاجةِ من باب إحياءِ المُنْفَقِ عليه، والولدُ جزءُ الوالِدِ وإحياءُ نفسِه واجبٌ كذا إحياءُ جزئِه، واعتِبارُ هذا المعنى يوجِبُ النّفَقةَ من الجانِبينِ ولأنّ هذه القرابةَ مُفْتَرَضةُ الوصْلِ مُحَرّمةُ القطْعِ بالإجماعِ، والإنْفاقُ من باب الصّلةِ فكان

---

(١) في المخطوط: «الابن».
(٢) في المخطوط: «أكل».
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «فإنه».
(٥) في المخطوط: «ذلك».
(٦) في المخطوط: «من».
(٧) زاد في المخطوط: «وكسوتهن، أي:».
(٨) في المخطوط: «طعام».

واجِبًا وتَرْكُه مع (القُدْرةِ للمُنْفِقِ) [١] وتَحقُّقِ حاجةِ المُنْفَقِ عليه يُؤَدّي [٢] إلى القطْعِ فكان حَرامًا.

واختُلِفَ في وجوبها في القرابةِ المُحَرِّمةِ للنِّكاحِ سِوَى قَرابةِ الوِلادةِ قال أصحابُنا: تجبُ [٣].

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ: لا تجبُ غيرَ أنّ مالِكًا يقولُ: لا نفقةَ إلاّ على الأب للابنِ والابنِ للأب حتّى قال: لا نفقةَ على الجدِّ لابنِ الابنِ ولا على ابنِ الابنِ للجَدِّ [٤].

وقال الشّافعيُّ: تجبُ على الوالِدينَ والمولودينَ [٥]، والكلامُ في هذه المسألةِ بناءً على أنّ هذه القرابةَ مُفْتَرَضةُ الوصْلِ مُحَرّمةُ القطْعِ عندَنا خلافًا لهما.

وعلى هذا يَنْبَني العتقُ عندَ الملكِ، ووجوبُ القطْعِ بالسّرِقةِ وهي من مسائلِ العتاقِ نَذْكُرُها [٦] هناك إنْ شاء اللّه تعالى.

ثُمّ الكلامُ في المسألةِ على سبيلِ الابتِداءِ، احتَجّ الشّافعيُّ فقال: إنّ اللّهَ تعالى أوجَبَ النّفَقةَ على الأب لا غيرُ بقولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] فمَنْ كان مثلَ حالِه في القُرْب يَلْحقُ به وإلاّ فلا، ولا يُقالُ: إنّ اللّهَ تعالى قال: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣]؛ لأنّ ابنَ عَبّاسٍ رضي الله عنهما صَرفَ قوله ذلك إلى تَرْكِ المُضارّةِ لا إلى النّفَقةِ والكِسْوةِ؛ فكان معناه لا يُضارُّ الوارِثُ باليتيمِ، كما لا تُضارُّ الوالِدةُ والمولودُ له بوَلَدِهما.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] ورُوِيَ عن عُمَرَ بنِ الخطّاب وزيدِ بنِ ثابتٍ رضي الله عنهما وجَماعةٍ من التّابعينَ أنّه معطوفٌ على النّفَقةِ والكِسْوةِ لا غيرُ، لا على تَرْكِ المُضارّةِ، معناه وعلى الوارِثِ مثلُ ما على المولودِ له من النّفَقةِ والكِسْوةِ؛ ومِصْداقُ هذا التّأويلِ أنّه لو جُعِلَ عَطْفًا على هذا؛ لَكان عَطفَ الاسمَ على الاسمِ، وإنّه

---

(١) في المخطوط: «قدرة المنفق».
(٢) في المخطوط: «يفضي».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٢١٠).
(٤) مذهب المالكية: أنه لا تجب النفقة على من سوى هؤلاء من الأقارب كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات وولد الأخوة، وغيرهم. انظر المعونة (٢/ ٦٨١).
(٥) مذهب الشافعية: أنه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين، انظر: الأم (٥/ ٨١).
(٦) في المخطوط: «وستذكرها».

شائعٌ، ولو عُطِفَ على تَرْكِ المُضارّةِ لَكان عَطَفَ الاسمَ على الفعلِ، فكان الأوّلُ أولى ولأنّه لو جُعِلَ عَطْفًا على قولِه: ﴿لَا تُضَآرَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] لَكان من حقِّ الكلامِ أنْ يقول: والوارِثُ [مثلُ ذلك] [١] وجَماعةٌ من أهلِ التّأويلِ عَطَفوا [٢] على الكُلِّ من النّفَقةِ والكِسْوةِ وتَرْكِ المُضارّةِ؛ لأنّ الكلامَ كُلّه معطوفٌ بعضُه على بعضٍ بحَرْفِ الواوِ، وإنّه حَرْفُ جَمْعٍ؛ فيصيرُ الكُلُّ مَذْكورًا في حالةٍ واحدةٍ فيَنْصَرِفُ قولُه ذلك إلى الكُلِّ أي [٣]: على الوارِثِ مثلُ ذلك من النّفَقةِ والكِسْوةِ، وأنّه [٤] لا يُضارُّها، ولا تُضارُّه في النّفَقةِ وغيرِها، وبه تَبيّنَ رُجْحانُ هذَيْنِ التّأويلَيْنِ على تَأويلِ ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما، على أنّ ما قاله ابنُ عَبّاسٍ ومَنْ تابَعَه لا يَنْفي وجوبَ النّفَقةِ على الوارِثِ بل يوجِبُ لأنّ قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] نَهى سبحانه وتعالى عن المُضارّةِ مُطْلَقًا في النّفَقةِ وغيرِها، فإذا كان معنى إضْرارِ الوالِدِ الوالِدةَ بوَلَدِها بتَرْكِ الإنْفاقِ عليها أو بانتِزاعِ الولدِ منها وقد أمرَ الوارِثَ بقولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] أن لا يُضارُّها؛ فإنّما يرجِعُ ذلك إلى مثلِ ما لَزِمَ الأبَ وذلك يقتَضي أنْ يجبَ على الوارِثِ أنْ يَسْتَرْضِعَ الوالِدةَ بأُجْرةِ مثلِها، ولا يُخْرِجُ الولدَ من يَدِها إلى يَدِ غيرِها إضْرارًا بها، وإذا ثَبَتَ هذا فظاهرُ الآيةِ يقتَضي وجوبَ النّفَقةِ والكِسْوةِ على كُلِّ وارِثٍ أو على مُطْلَقِ الوارِثِ إلاّ مَنْ خُصّ أو قُيِّدَ بدَليلٍ. وأمّا القرابةُ التي ليست بمُحَرِّمةٍ [٥] للنّكاحِ، فلا نفقةَ فيها عندَ عامّةِ العلماءِ خلافًا لابنِ أبي لَيْلى.

واحتَجّ بظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] من غيرِ فصلٍ بين وارِثٍ ووارِثٍ، وإنّا نَقولُ: المُرادُ من الوارِثِ الأقارِبُ الذي له رَحِمٌ محرَمٌ لا مُطْلَقُ الوارِثِ، عَرَفْنا ذلك بقِراءةِ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه: «وعلى الوارِثِ ذي الرّحِمِ المحرَمِ مثلُ ذلك» ولأنّ وجوبَها في (القرآنِ العظيمِ) [٦] معلولاً بكَوْنِها صِلةَ الرّحِمِ صيانةً لها عن القطيعةِ فيختصُّ وجوبُها بقَرابةٍ يجبُ وصْلُها ويَحْرُمُ قَطْعُها ولم توجَدْ؛ فلا تجبُ ولهذا لا يَثْبُتُ العتقُ عندَ الملكِ، ولا يَحْرُمُ النّكاحُ ولا يُمْنَعُ وجوبُ القطْعِ بالسّرِقةِ، واللّه الموفّقُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «جعلوه عطفًا».
(٣) في المخطوط: «أو».
(٤) في المخطوط: «وأن».
(٥) في المخطوط: «محرمة».
(٦) في المخطوط: «الولد».

فَصْلٌ [في سبب وجوب نفقة الأقارب]

وأمّا سببُ وجوب هذه النّفَقةِ، أمّا نفقةُ الوِلادةِ فسببُ وجوبها هو الوِلادةُ؛ لأنّ به تَثْبُتُ الجزئيّةُ والبعضيّةُ والإنْفاقُ على المُحْتاجِ إحياءٌ له، ويجبُ على الإنسانِ إحياءُ كُلّه وجزئِه وإنْ شئت قُلْت: سببُ [وجوب] (١) نفقةِ الأقارِب (في الوِلادةِ) (٢) وغيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ هو القرابةُ المُحَرِّمةُ [للقَطْعِ] (٣)؛ لأنّه إذا حَرُمَ قَطْعُها يَحْرُمُ كُلُّ سببٍ مُفْضٍ إلى القطْعِ. وتَرْكُ الإنْفاقِ من ذي الرّحِمِ المحرَمِ مع قُدْرَتِه (٤) [٢/ ١٤٦أ] وحاجةِ المُنْفَقِ عليه تُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ، فيَحْرُمُ التّرْكُ، وإذا حَرُمَ التّرْكُ وجَبَ الفعلُ (٥) ضَرورةً.

وإذا عُرِفَ هذا فنَقولُ: الحالُ في القرابةِ الموجِبةِ للنّفَقةِ لا يَخْلو:

إمّا أنْ كانت حالَ الانفِرادِ، وإمّا أنْ كانت حالَ الاجتماعِ.

فإنْ كانت حالَ الانفِرادِ بأنْ لم يكنْ هناك مَنْ تجبُ عليه النّفَقةُ إلاّ واحدًا تجبُ كُلُّ النّفَقةِ عليه عندَ استِجْماعِ شرائطِ الوجوب لوجودِ سبب وجوب كُلِّ النّفَقةِ عليه، وهو الوِلادةُ والرّحِمُ المحرَمُ وشرطُه من غيرِ مُزاحِمٍ.

وإنْ كانت حالَ الاجتماعِ فالأصلُ أنّه مَتَى (٦) اجتَمع الأقرَبُ والأبْعَدُ فالنّفَقةُ على الأقرَب في قَرابةِ الوِلادةِ وغيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ، فإنِ استَوَيا في القُرْب ففي قَرابةِ الوِلادةِ يُطْلَبُ التّرْجيحُ من وجهٍ آخَرَ، وتكونُ النّفَقةُ على مَنْ وُجِدَ في حقِّه نوعُ رُجْحانٍ، فلا تَنْقَسِمُ النّفَقةُ عليهما على قدرِ الميراثِ، وإنْ كان كُلُّ واحدٍ منهما وارِثًا، وإنْ لم يوجدِ التّرْجيحُ فالنّفَقةُ عليهما على قدرِ ميراثِهما.

وأمّا في غيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ فإنْ كان الوارِثُ أحدَهما والآخَرُ محجوبًا؛ فالنّفَقةُ على الوارِثِ ويُرَجّحُ (٧) بكَوْنِه وارِثًا وإنْ كان كُلُّ واحدٍ منهما وارِثًا، فالنّفَقةُ عليهما على قدرِ الميراثِ وإنّما كان كذلك؛ لأنّ النّفَقةَ في قَرابةِ الوِلادةِ تجبُ بحقِّ الوِلادةِ لا بحقِّ

(١) زاد في المخطوط: «وجوب».
(٢) في المخطوط: «الوالدين والمولودين».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «القدرة».
(٥) في المخطوط: «الوصل».
(٦) في المخطوط: «إذا».
(٧) في المخطوط: «ويترجح».

الوِراثةِ [١] قال اللّه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] عَلّقَ سبحانه وتعالى وجوبَها باسمِ الوِلادةِ، وفي غيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ تجبُ بحقِّ الوِراثةِ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] عَلّقَ سبحانه وتعالى الاستِحْقاقَ بالإرثِ فتجبُ بقدرِ الميراثِ، ولهذا قال أصحابُنا: إنّ مَنْ أوصَى لوَرَثةِ فُلانٍ وله بَنونَ وبَناتٌ فالوصيّةُ بينهم للذّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثيَيْنِ، ولو أوصَى لوَلَدِ فُلانٍ؛ كان الذّكَرُ والأُنْثَى فيه سَواءً، فدَلّ به ما ذَكَرْنا.

وبيانُ هذا الأصلِ إذا كان له ابنٌ وابنُ ابنٍ فالنّفَقةُ على الابنِ؛ لأنّه أقرَبُ، ولو كان الابنُ مُعْسِرًا وابنُ الابنِ موسِرًا فالنّفَقةُ على الابنِ أيضًا إذا لم يكنْ زَمِنًا؛ لأنّه هو الأقرَبُ ولا سبيلَ إلى إيجاب النّفَقةِ على الأبْعَدِ مع قيامِ الأقرَب إلاّ أنّ القاضيَ يأمُرُ ابنَ الابنِ بأنْ يُؤَدّيَ عنه على أنْ يرجعَ عليه إذا أيسَرَ فيصيرُ الأبْعَدُ نائبًا عن الأقرَب في الأداءِ، ولو أدّى بغيرِ أمرِ القاضي لم يرجعْ، ولو كان له أبٌ وجَدٌّ فالنّفَقةُ على الأب لا على الجدِّ؛ لأنّ الأبَ أقرَبُ.

ولو كان الأبُ مُعْسِرًا والجدُّ موسِرًا فنفقَتُه على الأب أيضًا إذا لم يكنْ زَمِنًا لكنْ يُؤْمَرُ الجدُّ بأنْ يُنْفِقَ ثُمّ يرجعَ على الأب إذا أيسَرَ، ولو [٢] كان له أبٌ وابنُ ابنٍ فنفقَتُه [٣] على الأب؛ لأنّه أقرَبُ إلاّ أنّه إذا كان الأبُ مُعْسِرًا غيرَ زَمِنٍ وابنُ الابنِ موسِرًا فإنّه يُؤَدّي عن الأب بأمرِ القاضي ثُمّ يرجعُ عليه إذا أيسَرَ.

ولو كان له أبٌ وابنٌ فنفقَتُه على الابنِ لا على الأب، وإنِ استَوَيا في القُرْب [والوِراثةِ] [٤] ويرجعُ الابنُ بالإيجاب عليه؛ لكَوْنِه كسْبَ الأب فيكونُ له حقًّا في كسْبه، وكَوْنِ مالِه مُضافًا إليه شرعًا لقولِه ﷺ: «أَنتَ وَمَالُك لِأَبِيك» [٥] ولا يُشارِكُ الولدَ في نفقةِ والِدِه أحدٌ لما قُلْنا.

وكذا في نفقة والِدَتِه لعَدَمِ المُشارَكةِ في السّبَب وهو الوِلادةُ، والاختصاصُ بالسّبَب يوجِبُ الاختصاصَ بالحُكمِ وكذا لا يُشارِكُ الإنسانَ أحدٌ في نفقةِ جَدِّه وجَدّتِه عندَ عَدَمِ

(١) في المخطوط: «الورثة».
(٢) في المخطوط: «وكذا إذا».
(٣) في المخطوط: «فالنفقة».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) سبق تخريجه.

الأب والأمِّ؛ لأنّ الجدّ يقومُ مقامَ الأب عندَ عَدَمِه، والجدّةُ تَقومُ مقامَ الأمِّ عندَ عَدَمِها.

ولو كان له ابنانِ فنفقَتُه عليهما على السّواءِ، وكذا إذا كان له ابنٌ وبنتٌ، ولا يُفَضِّلُ الذّكَرَ على الأُنْثَى في النّفَقةِ؛ لاستِوائهما في سببِ الوجوب وهو الوِلادةُ.

ولو كان له بنتٌ وأُختٌ فالنّفَقةُ على البنتِ؛ لأنّ الوِلادةَ لها، وهذا يَدُلُّ على أنّ النّفَقةَ لا تُعْتَبَرُ بالميراثِ؛ لأنّ الأُخْتَ تَرِثُ مع البنتِ ولا نفقةَ عليها مع البنتِ، ولا تجبُ على الابنِ نفقةُ مَنْكوحةِ أبيه؛ لأنّها أجنَبيّةٌ عنه إلاّ أنْ يكونَ الأبُ مُحتاجًا إلى مَنْ يَخْدُمُه فحينئذٍ يجبُ عليه نفقةُ امرأتِه؛ لأنّه يُؤْمَرُ بخدمةِ الأب بنفسِه أو بالأجيرِ.

ولو كان للصّغيرِ أبَوانِ فنفقَتُه على الأب لا على الأمِّ بالإجماعِ، وإنِ استَوَيا في القُرْب والوِلادةِ ولا يُشارِكُ الأبَ في نفقةِ ولدِه أحدٌ؛ لأنّ اللّهَ تعالى خَصّ [الأبَ] (١) بتَسْميَتِه بكَوْنِه مولودًا له، وأضافَ الولدَ إليه بلام الملكِ، وخَصّه بإيجاب نفقةِ الولدِ الصّغيرِ عليه بقولِه: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: رِزْقُ الوالِداتِ المُرْضِعاتِ، سَمّى الأمّ والِدةً والأبَ مولودًا له، (وقال عَزّ وجَلّ) (٢): ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] خَصّ سبحانه وتعالى الأبَ بإيتاءِ أجرِ الرّضاعِ بعدَ الطّلاقِ، وكذا أوجَبَ في الآيتَيْنِ كُلّ نفقةِ [٢/ ١٤٦ب] الرّضاعِ على الأب لوَلَدِه الصّغيرِ وليس وراءَ الكُلِّ شيءٌ ولا يُقالُ: إنّ اللّهَ عَزّ وجَلّ قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] ثُمّ قال: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة :٢٣٣] والأُمُّ وارِثةٌ فيقتَضي أنْ تُشارِكَ الأب في النّفَقةِ كسائرِ الورَثةِ من ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ، وكَمَنْ قال: أوصَيْت لفُلانٍ من مالي بألفِ درهمٍ وأوصَيْت لفُلانٍ مثلَ ذلك، ولم (تخرُجِ الوصيّتانِ) (٣) من الثُّلُثِ أنّهما يشترِكانِ فيه كذا هذا؛ لأنّا نَقولُ: لَمّا جعل اللّه عَزّ وجَلّ كُلّ النّفَقةِ على الأب بقولِه: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] تَعَذّرَ إيجابُها على الأمِّ حالَ قيامِ الأب، فيُحمَلُ على حالِ عَدَمِه ليكونَ عَمَلاً بالنّصِّ من كُلِّ وجهٍ في الحالَيْنِ (٤) ولم يوجَدْ مثلُ هذا في سائرِ ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ، وفي باب الوصيّةِ لا يُمْكِنُ العمَلُ بكُلِّ واحدةٍ من الوصيّتَيْنِ في حالَيْنِ وقد ضاقَ المحَلُّ عن قَبولِهما في حالةٍ واحدةٍ فلَزِمَ (٥)

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وبقوله».

(٣) في المخطوط: «يخرج الوصيتان».

(٤) في المخطوط: «حالين».

(٥) في المخطوط: «فيلزم».

القولُ بالشّركةِ ضرورةً.

ولو كان الأبُ مُعْسِرًا غيرَ عاجزٍ عن الكسْب والأمُّ موسِرةً فالنّفَقةُ على الأب لكنْ تُؤمَرُ الأمُّ بالنّفقةِ ثُمّ تَرْجِعُ [بها] [١] على الأب إذا أيسَرَ؛ لأنّها تَصيرُ دَيْنًا في ذِمّتِه إذا أنْفَقَتْ بأمرِ القاضي، ولو كان للصّغيرِ أبٌ وأُمُّ أُمٍّ فالنّفَقةُ على الأب والحضانةُ على الجدّةِ؛ لأنّ الأمَّ لَمّا لم تُشارِكِ الأبَ في نفقةِ ولدِه الصّغيرِ مع قُرْبها؛ فالجدّةُ مع بُعْدِها أولى.

هذا إذا كان الولدُ صَغيرًا فقيرًا وله أبَوانِ موسِرانِ، فأمّا إذا كان كبيرًا وهو ذَكَرٌ فقيرٌ عاجِزٌ عن الكسْب فقد ذُكِرَ في كِتاب النِّكاحِ أنّ نفقَتَه أيضًا على الأب خاصّةً، وذَكَرَ الخصّافُ [أنّها] [٢] على الأب والأمِّ أثلاثًا: ثُلُثاها على الأب، وثُلُثُها [٣] على الأمِّ.

وجه ما ذَكَرَه الخصّاف: أنّ الأبَ إنّما خُصّ بإيجاب النّفَقةِ عليه لابنِه الصّغيرِ لاختصاصِه بالوِلايةِ، وقد زالَتْ وِلايَتُه بالبُلوغِ فيَزولُ الاختصاصُ فتجبُ عليهما على قدرِ ميراثِهما.

وجه روايةِ كِتاب النّكاحِ: أنّ تخصيصَ الأب بالإيجاب حالَ [٤] الصِّغَرِ لاختصاصِه بتَسْميَتِه بكَوْنِه مولودًا له، وهذا ثابتٌ بعدَ الكِبَرِ فيختصُّ بنفقَتِه كالصِّغَرِ [٥]، واعتِبارُ الوِلايةِ والإرثِ في هذه النّفَقةِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّها تجبُ مع اختلافِ الدّينِ ولا وِلايةَ ولا إرثَ عندَ اختلافِ الدّينِ.

ولا يُشارِكُ الجدّ أحدٌ في نفقةِ ولدِ ولدِه عندَ عَدَمِ ولدِه؛ لأنّه يقومُ مقامَ ولدِه عند عَدَمِه.

ولا يُشارِكُ الزّوجَ في نفقةِ زوجَتِه أحدٌ؛ لأنّه لا يُشارِكُه أحدٌ في سبب وجوبها، وهو حقُّ الحبْسِ الثّابتِ بالنّكاحِ، حتّى لو كان لها زوجٌ مُعْسِرٌ وابنٌ موسِرٌ من غيرِ هذا الزّوجِ أو أبٌ موسِرٌ أو أخٌ موسِرٌ؛ فنفقَتُها على الزّوجِ لا على الأب والابنِ والأخِ، لكنْ يُؤمَرُ الأبُ أو الابنُ أو الأخُ بأنْ يُنْفِقَ عليها ثُمّ يرجعَ على الزّوجِ إذا أيسَرَ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المطبوع: «أنه».

(٣) في المخطوط: «وثلثًا».

(٤) في المخطوط: «حالة».

(٥) في المخطوط: «كالصغير».

ولو كان له جَدٌّ وابنُ، ابنِ فالنّفَقةُ عليهما على قدرِ ميراثِهما لأنهما في القرابةِ والوِراثةِ [سَواءٌ] [١] ولا تَرْجيحَ لأحدِهما على الآخَرِ من وجهٍ آخَرَ، فكانتِ النّفَقةُ عليهما على قدرِ الميراثِ: السُّدُسُ على الجدِّ والباقي على ابنِ الابنِ كالميراثِ.

ولو كان له أُمٌّ وجَدٌّ (كانتِ النّفَقةُ) [٢] عليهما أثْلاثًا: الثُّلُثُ على الأمِّ والثُّلُثانِ على الجدِّ على قدرِ ميراثِهما، وكذلك إذا كان له أُمٌّ وأخٌ لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو ابنُ أخٍ لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو عَمٌّ لأُمٍّ وأبٍ أو لأبٍ؛ كانتِ النّفَقةُ عليهم أثْلاثًا: ثُلُثُها على الأمِّ والثُّلُثانِ على الأخِ وابنِ الأخِ والعمِّ.

وكذلك إذا كان له أخٌ لأبٍ وأُمٍّ وأُخْتٌ لأبٍ وأُمٍّ؛ كانتِ النّفَقةُ عليهما أثْلاثًا على قدرِ ميراثِهما، ولو كان له أخٌ لأبٍ وأُمٍّ وأخٌ لأُمٍّ فالنّفَقةُ عليهما [تكون] [٣] أسداسًا: سُدُسُها على الأخِ لأُمٍّ وخمسةُ أسداسِها على الأخِ لأبٍ وأُمٍّ.

ولو كان له جَدٌّ وجَدّةٌ كانتِ النّفَقةُ عليهما أسداسًا على قدرِ الميراثِ، ولو كان له عَمٌّ وعَمّةٌ فالنّفَقةُ على العمِّ؛ لأنّهما استَوَيا في القرابةِ المُحَرِّمةِ للقَطْعِ، والعمُّ هو الوارِثُ فيُرَجّحُ بكَوْنِه وارِثًا.

وكذلك لو كان له عَمٌّ وخالٌ لما قُلْنا، ولو كان له عَمّةٌ وخالةٌ أو خالٌ فالنّفَقةُ عليهما أثْلاثًا: ثُلُثاها [٤] على العمّةِ والثُّلُثُ على الخالِ أو الخالةِ، ولو كان له خالٌ وابنُ عَمٍّ فالنّفَقةُ على الخالِ لا على ابنِ العمِّ؛ لأنّهما ما استَوَيا في سبب الوجوب وهو الرّحِمُ المُحَرِّمُ للقَطْعِ؛ إذِ الخالُ هو ذو الرّحِمِ المحرَمِ واستِحْقاقُ الميراثِ للتّرْجيحِ والتّرْجيحُ يكونُ بعدَ الاستِواءِ في رُكنِ العِلّةِ ولم يوجدْ.

ولو كان له عَمّةٌ وخالةٌ وابنُ عَمٍّ فعلى الخالةِ الثُّلُثُ وعلى العمّةِ الثُّلُثانِ لاستِوائهما في سبب استِحْقاقِ الإرثِ فتكون النّفَقةُ بينهما على قدرِ الميراثِ ولا شيءَ على ابنِ العمِّ لانعِدامِ سبب الاستِحْقاقِ في حقِّه وهو القرابةُ المُحَرِّمةُ القطْعِ.

[٢/ ١٤٧أ] ولو كان له ثلاثُ أخَواتٍ مُتَفرِّقاتٍ وابنُ عَمٍّ فالنّفَقةُ على الأخَواتِ على

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فالنفقة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ثلثا».

خمسةِ أسهمٍ: ثلاثةُ أسهمٍ على الأُخْتِ لأبٍ وأُمٍّ، (وسَهْمٌ على الأُخْتِ لأُمٍّ، وسَهْمٌ على الأُخْتِ لأبٍ)[1] على قدرِ الميراثِ ولا يُعْتَدُّ بابنِ العمِّ في النَّفَقةِ لانعِدامِ سببِ الاستِحْقاقِ في حقِّه فيُلْحقُ بالعدَمِ كأنّه ليس له إلاّ الأخَواتُ وميراثُه لهُنّ على خمسةِ أسهمٍ كذا النّفَقةُ عليهِنّ، ولو كان له ثلاثةُ إخوةٍ مُتفرِّقينَ فالنّفَقةُ على الأخِ للأب والأُمِّ وعلى الأخِ للأُمِّ على قدرِ الميراثِ أسداسًا؛ لأنّ الأخَ لا يَرِثُ معهما فيُلْحقُ بالعدَمِ.

ولو كان له عَمٌّ وعَمّةٌ وخالةٌ فالنّفَقةُ على العمِّ؛ لأنّ العمّ مُساوٍ لهما في سببِ الاستِحْقاقِ وهو الرّحِمُ المحرِّمُ وفَضَلَهما بكَوْنِه وارثًا؛ إذِ الميراثُ له لا لهما، فكانتِ النّفَقةُ عليه لا عليهما، وإنْ كان العمُّ مُعْسِرًا فالنّفَقةُ عليهما؛ لأنّه يُجْعَلُ كالميِّتِ.

والأصلُ في هذا: أنّ كُلّ مَنْ كان يَحرزُ[2] جميعَ الميراثِ وهو مُعْسِرٌ يُجْعَلُ كالميِّتِ وإذا جُعِلَ كالميِّتِ؛ كانتِ النّفَقةُ على الباقينَ على قدرِ مواريثِهم وكُلُّ مَنْ كان يَحرزُ[3] بعضَ الميراثِ لا يُجْعَلُ كالميِّتِ فكانتِ النّفَقةُ على قدرِ مواريثِ مَنْ يَرِثُ معه.

بيانُ هذا الأصلِ: رجلٌ مُعْسِرٌ عاجِزٌ عن الكسْب وله ابنٌ مُعْسِرٌ عاجِزٌ عن الكسْب أو هو صَغيرٌ وله ثلاثةُ إخوةٍ مُتفرِّقينَ فنفقةُ الأب على أخيه لأبيه وأُمِّه وعلى أخيه لأُمِّه أسداسًا: سُدُسُ النّفَقةِ على الأخِ لأُمٍّ وخمسةُ أسداسِها على الأخِ لأبٍ وأُمٍّ، ونفقةُ الولدِ على الأخِ لأبٍ وأُمٍّ خاصّةً؛ لأنّ (الابن يحرز)[4] جميعَ الميراثِ يُجْعَلُ كالميِّتِ (فتكون)[5] نفقةُ الأب على الأخَوَيْنِ على قدرِ ميراثِهما [منه][6] وميراثِهما من الأب هذا فأمّا الابنُ فوارِثُه العمُّ لأبٍ وأُمٍّ لا العمُّ لأبٍ ولا العمُّ لأُمٍّ؛ فكانت نفقَتُه[7] على عَمِّه لأبٍ وأُمٍّ.

ولو كان للرّجُلِ ثلاثُ أخَواتٍ مُتفَرِّقاتٍ كانت نفقَتُه عليهِنّ أخماسًا: ثلاثةُ أخماسِها على الأُخْتِ لأبٍ وأُمٍّ، وخُمْسٌ على الأُخْتِ لأبٍ وخُمْسٌ على الأُخْتِ لأُمٍّ على قدرِ مواريثِهِنّ ونفقةُ الابنِ على عَمّتِه لأبٍ وأُمٍّ؛ لأنّها هي الوارِثةُ منه لا غيرُ.

ولو كان مَكان الابنِ بنتٌ والمسألةُ بحالِها؛ فنفقةُ الأب في الإخوةِ المُتفَرِّقينَ على أخيه

(١) في المخطوط: «وسهم على الأخت لأب، وسهم على الأخت لأم».
(٢) في المطبوع: «الأب يحوز».
(٣) في المطبوع: «الأب يحوز».
(٤) في المطبوع: «الأب يحوز».
(٥) في المطبوع: «فيكون».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «النفقة».

لأبيه وأُمِّه وفي الأخَواتِ المُتَفَرِّقاتِ على أُخْتِه لأبيه وأُمِّه؛ لأنّ البنتَ لا تَحوزُ [١] جميعَ الميراثِ فلا حاجةَ إلى أنْ تُجْعَلَ كالميِّتةِ فكان الوارِثُ معها الأخَ للأب والأمِّ لا غيرُ والأُخْتُ لأبٍ وأمٍّ لا غيرُ؛ لأنّ الأخَ والأُخْتَ لأمٍّ لا يَرِثانِ مع الولدِ والأخُ لأبٍ لا يَرِثُ مع الأخِ لأبٍ وأمٍّ والأُخْتُ لأبٍ لا تَرِثُ مع البنتِ والأُخْتِ لأبٍ وأمٍّ؛ لأنّ الأخَواتِ مع البناتِ عَصَبةٌ [وفي العصَباتِ] [٢] يُقَدّمُ الأقرَبُ فالأقرَبُ فكانتِ النّفَقةُ عليهما.

وكذلك نفقةُ البنتِ على العمِّ لأبٍ وأمٍّ، أو على العمّةِ لأبٍ وأمٍّ؛ لأنّهما وارِثاها بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك لا يُمْكِنُ الإيجابُ للنّفَقةِ على الإخوةِ والأخَواتِ إلاّ بجَعْلِ الأب [٣] كالميِّتِ؛ لأنّه يَحوزُ [٤] جميعَ الميراثِ، فمسّتِ الحاجةُ إلى أنْ يُجْعَلَ مَيِّتًا حُكمًا، ولو كان الابنُ مَيِّتًا كان ميراثُ الأب [٥] للأخِ لأبٍ وأمٍّ وللأخِ لأمٍّ أسداسًا وللأخَواتِ أخماسًا، فكذا النّفَقةُ وعلى هذا الأصلِ مسائلُ.

فصل [في شرائط وجوب هذه النفقة]

وَأمّا شرائطُ وجوب هذه النّفَقةِ فأنواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى المُنْفَقِ عليه خاصّةً وبعضُها يرجعُ إلى المُنْفِقِ خاصّةً، وبعضُها يرجعُ إليهم [٦]، وبعضُها يرجعُ إلى غيرِهما أمّا الذي يرجعُ إلى المُنْفَقِ عليه خاصّةً فأنواعٌ ثلاثةٌ:

أحدُها: إعسارُه فلا تجبُ لموسِرٍ على غيرِه نفقةٌ في قَرابةِ الوِلادِ وغيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ؛ لأنّ وجوبَها معلولٌ بحاجةِ المُنْفَقِ عليه فلا تجبُ لغيرِ المُحْتاجِ ولأنّه إذا كان غَنيًّا لا يكونُ هو بإيجاب النّفَقةِ له على غيرِه أولى من الإيجاب (لغيرِه عليه) [٧] فيقعُ التّعارُضُ فيمْتَنِعُ الوجوبُ بل إذا كان مُسْتَغْنًى [٨] بمالِه كان إيجابُ النّفَقةِ [٩] في مالِه أولى من إيجابها في مالِ غيرِه بخلافِ نفقةِ الزّوجاتِ أنّها تجبُ للزّوجةِ الموسِرةِ؛ لأنّ وجوبَ تلك النّفَقةِ لا يَتْبَعُ الحاجةَ بل لها شَبَهٌ بالأعواضِ فيَسْتَوي فيها المُعْسِرةُ والموسِرةُ

---

(١) في المخطوط: «تحرز».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المطبوع: «الابن».
(٤) في المخطوط: «يحرز».
(٥) في المطبوع: «الأب».
(٦) في المخطوط: «عليها».
(٧) في المخطوط: «عليها لغيره».
(٨) في المخطوط: «ليستغنى».
(٩) في المخطوط: «نفقة».

كثَمَنِ البيعِ والمهرِ .

واختُلِفَ في حَدِّ المُعْسِرِ الذي يَسْتَحِقُّ النفَقةَ ، قِيلَ : هو الذي (يَحِلُّ له أخذُ) [١] الصّدَقةِ ولا تجبُ عليه الزّكاةُ ، وقيلَ : هو المُحْتاجُ . ولو كان له منزلٌ وخادِمٌ هل يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ على قَريبه الموسِرِ؟ فيه اختلافُ الرِّوايةِ :

في رِوايةٍ : لا يَسْتَحِقُّ حتّى لو كان أُختًا لا يُؤْمَرُ الأخُ بالإنْفاقِ عليها وكذلك إذا كانت بنتًا له أو أُمًّا وفي رِوايةٍ : يَسْتَحِقُّ .

وجه الرِّوايةِ الأولى: أنّ النّفَقةَ لا تجبُ لغيرِ المُحْتاجِ وهؤلاء غيرُ مُحْتاجينَ ؛ لأنّه يُمْكِنُ الاكتِفاءُ بالأدنى بأنْ يَبيعَ [٢/ ١٤٧ب] بعضَ المنزلِ أو كُلّه (ويَكتَرِيَ منزلاً فيَسْكُنَ) [٢] بالكِراءِ أو يَبيعَ الخادِمَ .

وجه الرِّوايةِ الأخرى: أنّ بيعَ المنزلِ لا يقعُ إلاّ نادِرًا ، وكذا لا يُمْكِنُ لكُلِّ أحدٍ السُّكنَى بالكِراءِ أو بالمنزلِ المُشْتَرَكِ ، وهذا هو الصّوابُ أنْ لا يُؤْمَرَ أحدٌ ببيعِ الدّارِ بل يُؤْمَرُ القريبُ بالإنْفاقِ عليه ، ألا تَرَى أنّه تَحِلُّ الصّدَقةُ لهؤلاء [٣] ولا يُؤْمَرونَ ببيعِ المنزلِ ، ثُمّ الولدُ الصّغيرُ إذا كان له مالٌ حتّى كانت نفقَتُه في مالِه لا على الأب ، وإنْ كان الأبُ موسِرًا فإنْ كان المالُ حاضِرًا في يَدِ الأب أنْفَقَ منه عليه ، ويَنْبَغي أنْ يُشْهِدَ على ذلك ؛ إذْ لو لم يُشْهِدْ فمن الجائزِ أنْ يُنْكِرَ الصّبيُّ إذا بَلَغَ ، فيقولُ للأب : إنّك أنْفَقْت من مالِ نفسِك لا من مالي ، فيُصَدِّقُه القاضي ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ الرّجُلَ الموسِرَ يُنْفِقُ على ولدِه من مالِ نفسِه وإنْ كان لوَلَدِه مالٌ ، فكان الظّاهرُ شاهدًا للوَلَدِ فيَبْطُلُ حقُّ الأب ، وإنْ كان المالُ غائبًا يُنْفِقُ من مالِ نفسِه بأمرِ القاضي إيّاه بالإنْفاقِ ليرجعَ أو يُشْهِدَ على أنّه يُنْفِقُ من مالِ نفسِه ليرجعَ [به في مالِ ولدِه] [٤] ليُمْكِنَه الرُّجوعُ لما ذَكَرْنا ، لأن الظّاهرَ أنّ الإنسانَ يتبَرّعُ بالإنْفاقِ من مالِ نفسِه على ولدِه ، فإذا أمره القاضي بالإنْفاقِ من مالِه ليرجعَ ، أو أشهَدَ [٥] على أنّه يُنْفِقُ ليرجعَ ، فقد بَطَلَ الظّاهرُ ، وتَبيّنَ أنّه إنّما أنْفَقَ من مالِه على طريقِ القرضِ ، وهو يملِكُ إقراضَ [٦] مالِه من الصّبيِّ فيُمْكِنُه الرُّجوعُ ، وهذا في القضاءِ .

---

(١) في المخطوط : «لا تحل» .
(٢) في المخطوط : «فيكتفي» .
(٣) في المخطوط : «لها» .
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «ليشهد» .
(٦) في المخطوط : «اقتراض» .

فأمّا فيما بينه وبين اللّه تعالى فيَسَعُه أنْ يرجعَ من غيرِ أمرِ القاضي والإشْهادِ بعدَ أنْ نَوَى بقَلْبه أنّه يُنْفِقُ ليرجعَ؛ لأنّه إذا نَوَى صار ذلك دَيْنًا على الصّغيرِ وهو يملِكُ إثباتَ الدّيْنِ عليه؛ لأنّه يملِكُ إقراضَ مالِه منه، واللّه عَزّ وجَلّ عالِمٌ بنيّتِه فجاز له الرُّجوعُ فيما بينه وبين اللّه تعالى، واللّه أعلَمُ.

والثاني: عَجْزُه عن الكسْب بأنْ كان به زِمانةٌ أو قَعَدٌ أو فلَجٌ أو عَمًى أو جُنونٌ أو كان مقطوعَ اليدَيْنِ أو أشَلّهما أو مقطوعَ الرّجْلَيْنِ أو مَفْقوءَ العينَيْنِ (أو غيرَ) [1] ذلك من العوارِضِ التي تمنَعُ [الإنسانَ] [2] من الاكتِساب حتّى لو كان صَحيحًا مُكتَسِبًا لا يُقْضَى له بالنّفَقةِ على غيرِه.

وإنْ كان مُعْسِرًا إلاّ للأب [3] خاصّةً والجدِّ عندَ عَدَمِه فإنّه يُقْضَى (بنفقةِ الأب) [4] وإنْ كان قادِرًا على الكسْب بعدَ أنْ كان مُعْسِرًا على ولدِه الموسِرِ، وكذا نفقةُ الجدِّ على ولدِ ولدِه إذا كان موسِرًا، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المُنْفَقَ عليه إذا كان قادِرًا على الكسْب كان مُسْتَغْنًى بكَسْبه فكان غِناه بكَسْبه كغِناه بمالِه، فلا تجبُ نفقَتُه على غيرِه إلاّ الولدَ؛ لأنّ الشّرعَ نَهَى الولدَ عن إلْحاقِ أدنى الأذَى [5] بالوالِدَيْنِ وهو التّأفيفُ بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء:٢٣] ومعنى الأذَى في إلْزامِ الأب الكسْبَ مع غِنَى الولدِ أكثَرُ، فكان أولى بالنّهيِ، ولم يوجدْ ذلك في الابنِ ولهذا لا يُحْبَسُ الرّجُلُ بدَيْنِ ابنِه ويُحْبَسُ بدَيْنِ أبيه ولأنّ الشّرعَ أضافَ مالَ الابنِ إلى الأب بلام الملكِ، فكان مالُه كمالِه [وهذا] [6] هو كسْبُ كسْبه؛ فكان ككَسْبه فكانت نفقَتُه فيه.

والثالث: أنّ الطّلَبَ والخُصومةَ بين يَدَيِ القاضي في أحدِ نوعَيِ النّفَقةِ، وهي نفقةُ غيرِ الوِلادِ فلا تجبُ بدونِه؛ لأنّها لا تجبُ بدونِ قضاءِ القاضي، والقضاءُ لا بُدّ له من الطّلَب والخُصومةِ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المُنفِقِ خاصّةً: فيَسارُه في قَرابةِ غيرِ الوِلادِ من الرّحِمِ المحرَمِ، فلا يجبُ [7] على غيرِ الموسِرِ في هذه القرابةِ نفقةٌ وإنْ كان قادِرًا على الكسْب؛ لأنّ (وجوبَ

---

(١) في المخطوط: «ونحو».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الأب».
(٤) في المخطوط: «بنفقته».
(٥) في المخطوط: «الإيذاء».
(٦) في المطبوع: «وكذا».
(٧) في المخطوط: «تجب».

هذه النَّفَقةِ من طريقِ) [١] الصِّلةِ، والصِّلاتُ تجبُ على الأغْنياءِ لا على الفقراءِ، وإذا كان يَسارُ المُنْفِقِ شرطَ وجوب النَّفَقةِ عليه في قَرابةِ (ذي الرّحِمِ) [٢]؛ فلا بُدّ من معرفةِ حَدِّ اليسارِ الذي يتعلّقُ به وجوبُ هذه النّفَقةِ. رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه اعتبَرَ فيه نِصابَ الزّكاةِ.

(قال ابنُ سِماعةَ) [٣] في نَوادِرِه: سَمِعْت أبا يوسُفَ قال: لا أُجْبِرُ على نفقةِ ذي الرّحِمِ المحرَمِ مَنْ لم يكنْ معه ما تجبُ فيه الزّكاةُ، ولو كان معه مائَتا درهمٍ إلاّ درهمًا وليس له عيالٌ وله أُخْتٌ مُحْتاجةٌ لم [٤] أُجْبِرْه على نفقَتِها، وإنْ كان يعملُ بيَدِه ويَكتَسِبُ في الشّهرِ خمسينَ درهمًا.

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ أنّه قال: إذا كان له نفقةُ شهرٍ وعندَه فضْلٌ [عن] [٥] نفقةِ شهرٍ له ولِعيالِه، أُجْبِرُه على نفقةِ ذي الرّحِمِ المحرَمِ، قال محمّدٌ: وأمّا مَنْ (لا شيءَ له) [٦] وهو يَكتَسِبُ كُلّ يومٍ درهمًا يَكتَفي منه بأربعةِ دَوانيقَ، فإنّه يَرْفَعُ [٧] لنفسِه ولِعيالِه ما يَتّسِعُ به، ويُنْفِقُ فضْلَه على مَنْ يُجْبَرُ على نفقَتِه.

وجه رِوايةِ هِشامٍ عن محمّدٍ أنّ مَنْ كان عندَه كِفايةُ شهرٍ فما زادَ عليها فهو غَنيٌّ عنه في الحالِ والشّهرُ يَتّسِعُ للاكتِساب، فكان عليه صَرْفُ الزّيادةِ إلى أقارِبه.

وجه قولِ أبي يوسُفَ: أنّ نفقةَ ذي الرّحِمِ صِلةٌ، والصِّلاتُ إنّما [٢/ ١٤٨أ] تجبُ على الأغْنياءِ كالصّدَقةِ، وحَدُّ الغِنَى في الشّريعةِ ما تجبُ فيه الزّكاةُ، وما قاله محمّدٌ أوفَقُ، وهو أنّه إذا كان له كسْبٌ دائمٌ وهو غيرُ مُحْتاجٍ إلى جميعِه [٨] فما زادَ على كِفايَتِه [٩] يجبُ صَرْفُه إلى أقارِبه كفَضْلِ مالِه إذا كان له مالٌ، ولا يُعْتَبَرُ النِّصابُ؛ لأنّ النِّصابَ إنّما يُعْتَبَرُ في وجوب حُقوقِ اللّه تعالى الماليّةِ، والنّفَقةُ حقُّ العبدِ فلا معنى (للاعتِبارِ بالنِّصاب) [١٠] فيها، وإنّما يُعْتَبَرُ فيها إمكانُ الأداءِ.

---

(١) في المخطوط: «وجوبها من غير».
(٢) في المخطوط: «ذوي الأرحام».
(٣) في المخطوط: «فإن ابن سماعة قال».
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ليس له شيء».
(٧) في المخطوط: «يدفع».
(٨) في المخطوط: «جمعه».
(٩) في المخطوط: «الكفاية».
(١٠) في المخطوط: «لاعتبار النصاب».

ولو طَلَبَ الفقيرُ العاجِزُ عن الكسْب من ذي الرّحِمِ المحرَمِ منه نفقةً، فقال: أنا فقيرٌ وادّعَى هو أنّه غَنيٌّ قادر فالقولُ قولُ المطْلوب؛ لأنّ الأصلَ هو الفقْرُ، والغِنَى عارِضٌ فكان الظّاهرُ شاهدًا له، فمحمّدٌ يَحْتاجُ إلى الفرقِ بينه وبين نفقةِ الزّوجاتِ، والفرقُ له أنّ الإقدامَ على النّكاحِ دَليلُ القُدْرةِ فبَطَلَتْ شهادةُ الظّاهرِ.

وأمّا في قَرابة الوِلادِ فيُنْظَرُ: إنْ كان المُنْفِقُ هو الأبَ؛ فلا يُشْتَرَطُ يَسارُه لوجوب النّفَقةِ عليه، بل قُدْرَتُه على الكسْب كافيةٌ حتّى تجبَ عليه (النّفَقةُ على) [1] أولادِه الصِّغارِ والكِبارِ الذُّكورِ الزّمْنَى الفقراءِ والإناثِ الفقيراتِ وإنْ كُنّ صَحيحاتٍ، وإنْ كان مُعْسِرًا بعدَ أنْ كان قادِرًا على الكسْب؛ لأنّ الإنْفاقَ عليهم عندَ حاجَتِهم وعَجْزِهم عن الكسْب إحياؤُهم وإحياؤُهم إحياءُ نفسِه؛ لقيام الجزئيّةِ والعصَبيّةِ [2] وإحياءُ نفسِه واجِبٌ، ولو [3] كان لهم جَدٌّ موسِرٌ لم تُفْرَضِ النّفَقةُ على الجدِّ ولكنْ يُؤْمَرُ الجدُّ بالإنْفاقِ عليهم [عندَ حاجَتِهم] [4] ثُمّ يرجعُ به على ابنِه؛ لأنّ النّفَقةَ لا تجبُ على الجدِّ مع [5] وجودِ الأب إذا كان الأبُ قادِرًا على الكسْب؛ ألا تَرَى أنّه لا يجبُ عليه نفقةُ ابنِه فنفقةُ أولادِه أولى.

وإنْ لم يكنِ الأبُ قادِرًا على الكسْب بأنْ كان زَمِنًا قُضيَ بنفقَتِهم على الجدِّ؛ لأنّ عليه نفقةَ أبيهم فكذا نفقَتُهم.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال في صَغيرٍ له والِدٌ مُحْتاجٌ وهو زَمِنٌ: فُرِضَتْ نفقَتُه على قَرابَتِه من قِبَلِ أبيه دونَ قَرابَتِه من قِبَلِ أُمّه وكُلُّ مَنْ أجبَرْته على نفقةِ الأب أجبَرْته على نفقةِ الغُلامِ إذا كان الأب زَمِنًا؛ لأنّ الأبَ إذا كان زَمِنًا كانت نفقَتُه على قَرابَتِه فكذا نفقةُ ولدِه؛ لأنّه جزؤُه، قال: فإنْ لم يكنْ له قَرابةٌ من قِبَلِ أبيه، قضَيْتُ (بنفقَتِه على) [6] ابنه وأمرت الخالَ أنْ يُنْفِقَ عليه، ويكونَ ذلك دَيْنًا على الأب [7].

ووَجْه الفرقِ بين قَرابةِ الأب وقَرابةِ الأم: أنّ قَرابةَ الأب تجبُ عليهم نفقةُ الأب إذا كان زَمِنًا، فكذا نفقةُ ولدِه الصّغيرِ، فأمّا قَرابةُ الأُمِّ فلا يجبُ [8] عليهم نفقةُ الأب ولا نفقةُ

---

(١) في المخطوط: «نفقة».
(٢) في المخطوط: «والبعضية».
(٣) في المخطوط: «وإن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «عند».
(٦) في المخطوط: «بالنفقة على».
(٧) في المخطوط: «أبيه».
(٨) في المخطوط: «تجب».

الولدِ؛ لأنّ الأبَ لا يُشارِكُه أحدٌ في نفقةِ ولدِه.

وإنْ كان المُنْفِقُ هو الابنَ وهو مُعْسِرٌ مُكتَسِبٌ يُنْظَرُ في كسْبه فإنْ كان فيه فضْلٌ عن قوتِه يُجْبَرُ على الإنْفاقِ على الأب من الفضْلِ؛ لأنّه قادِرٌ على إحيائه من غيرِ خَلَلٍ يرجعُ إليه وإنْ كان لا يَفْضُلُ من كسْبه شيءٌ يُؤْمَرُ فيما بينه وبين اللّه عَزّ وجَلّ أنْ يواسيَ أباه؛ إذْ لا يَحْسُنُ أنْ يَتْرُكَ أباه ضائعًا جائعًا يتكفّفُ النّاسَ وله كسْبٌ، وهل يُجْبَرُ على أنْ يُنْفِقَ عليه وتُفْرَضَ عليه النّفَقةُ إذا طَلَبَ الأبُ الفرضَ أو يدخلَ عليه في النّفَقةِ إذا طَلَبَ الأبُ ذلك؟.

قال عامّةُ الفقهاءِ: [إنّه] (١) لا يُجْبَرُ [على ذلك] (٢) (٣).

وقال بعضُهم: يُجْبَرُ عليه، واحتَجّوا بما رُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: لو أصابَ (٤) النّاسَ السّنةُ لأدخَلْت على أهلِ كُلِّ بيتٍ مثلَهم فإنّ النّاسَ لن يَهْلِكوا على أنْصافِ بُطونِهم (٥).

وقال النّبيُّ ﷺ: «طَعَامُ الْوَاحِدِ يَكْفِي الِاثْنَيْنِ» (٦).

وجه قولِ العامةِ: أنّ الجبْرَ على الإنْفاقِ والإشْراكِ في نفقةِ الولدِ المُعْسِرِ يُؤَدّي إلى إعجازِه عن الكسْب؛ لأنّ الكسْبَ لا يقومُ إلاّ بكَمالِ القوّةِ، وكَمالُ القوّةِ بكَمالِ الغِذاءِ، فلو جعَلْناه نصفَيْنِ؛ لم يقدِرْ على الكسْب وفيه خَوْفُ هَلاكِهما جميعًا.

وذَكَرَ في الكِتاب: أرأيت لو كان الابنُ يأكلُ من طعامِ رجلٍ غَنيٍّ يُعْطيه كُلّ يوم رَغيفًا أو رَغيفَيْنِ أيُؤْمَرُ الابنُ أنْ يُعْطيَ أحدَهما أباه؟ قال (٧): لا يُؤْمَرُ به، ولو قال الأبُ للقاضي: إنّ ابني هذا يقدِرُ على أنْ يَكتَسِبَ ما يَفْضُلُ عن كسْبه مِمّا يُنْفِقُ عَلَيّ لكنّه يَدَعُ الكسْبَ عَمْدًا يقصِدُ بذلك عُقوقي، يَنْظُرُ القاضي في ذلك: فإنْ كان الأبُ صادِقًا في مقالتِه أمر الابنَ بأنْ يَكتَسِبَ فيُنْفِقَ على أبيه، وإنْ لم يكنْ صادِقًا (بأنْ عَلِمَ) (٨) أنّه غيرُ قادِرٍ على اكتِساب زيادةِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٢١١).
(٤) في المخطوط: «أضافت».
(٥) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٣/ ٣١٦).
(٦) رواه مسلم، كتاب الأشربة، باب: فضيلة المواساة في الطعام القليل...، حديث (٢٠٥٩)، والترمذي، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في طعام الواحد يكفي الاثنين، برقم (١٨٢٠)، وابن ماجه، حديث (٣٢٥٤)، عن جابر رضي الله عنه.
(٧) في المخطوط: «هذا».
(٨) في المخطوط: «وعلم».

تركه، هذا إذا كان الولدُ واحدًا. فإنْ كان له أولادٌ صِغارٌ وزوجةٌ ولا يَفْضُلُ من كسْبه شيءٌ يُنْفِقُ على أبيه فطَلَبَ الأبُ من القاضي أنْ يُدْخِلَه في النّفَقةِ على عيالِه يُدْخِلُه القاضي ههنا؛ لأنّ إدْخالَ الواحدِ على الجماعةِ لا يُخِلُّ بطعامِهم خَلَلًا بيِّنًا، بخلافِ إدْخالِ الواحدِ على الواحدِ، هذا إذا لم يكنِ الأبُ عاجزًا عن [٢/ ١٤٨ب] الكسْب.

فأمّا إذا كان عاجزًا عنه بأنْ كان زَمِنًا يُشارِكُ الابنَ في قوتِه ويدخلُ عليه فيأكل معه وإنْ لم يكنْ له عيالٌ؛ لأنّه ليس في المُشارَكةِ خَوْفُ الهَلاكِ، وفي تَرْكِ المُشارَكةِ خَوْفُ هَلاكِ الأب فتجبُ المُشارَكةُ.

وكذلك الأُمُّ إذا كانت فقيرةً تدخلُ على ابنِها فتَأكُل معه لكنْ لا يُفْرَضُ لها عليه نفقةٌ على حِدةٍ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إليهما جميعًا فنوعانِ:

احدُهما: اتّحادُ الدّينِ في غيرِ قَرابةِ الوِلادِ من الرّحِمِ المحرَمِ فلا تَجْري النّفَقةُ بين المسلمِ والكافرِ في هذه القرابةِ، فأمّا في قَرابةِ الوِلادِ فاتّحادُ الدّينِ فيهما ليس بشرطٍ، فيجبُ [١] على المسلمِ نفقةُ آبائه وأمّهاتِه من أهلِ الذّمّةِ ويجبُ على الذّمّيّ نفقةُ أولادِه الصِّغارِ الذينَ أُعْطِيَ لهم حُكمُ الإسلامِ بإسلامِ أُمِّهم ونفقةُ أولادِه الكِبارِ المسلمينَ الذينَ هم من أهلِ استِحْقاقِ النّفَقةِ على ما نَذْكُرُه.

ووَجْه الفرقِ من وجهَيْنِ:

احدُهما: أنّ وجوبَ هذه النّفَقةِ على طريقِ الصِّلةِ، ولا تجبُ صِلةُ رَحِمِ غيرِ الوالِدَيْنِ [٢] عندَ اختلافِ الدّينِ، وتجبُ صِلةُ رَحِمِ الوالِدَيْنِ مع اختلافِ الدِّينِ بدَليلِ أنّه يجوزُ للمسلمِ أنْ يَبْتَدِئَ بقَتْلِ أخيه الحرْبيِّ، ولا يجوزُ له أنْ يَبْتَدِئَ بقَتْلِ أبيه الحرْبيِّ، وقد قال سبحانه في الوالِدَيْنِ الكافرَيْنِ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان:١٥] ولم يَرِدْ مثلُه في غيرِ الوالِدَيْنِ.

والثاني: أنّ وجوبَ النّفَقةِ في قَرابةِ الوِلادِ بحقِّ [٣] الوِلادةِ لما ذَكَرْنا أنّ الوِلادةَ توجِبُ

---

(١) في المخطوط: «فتجب».

(٢) في المخطوط: «الوالد».

(٣) في المخطوط: «لحق».

الجزئيّةِ والبعضيّةَ بين الوالِدِ والولدِ، وذا لا يختلِفُ باختلافِ الدّينِ؛ فلا يختلِفُ الحُكمُ المُتَعَلِّقُ به، والوجوبُ في غيرِها من الرّحِمِ المحرَمِ بحقِّ الوِراثةِ ولا وِراثةَ عندَ اختلافِ الدِّينِ فلا نفقةَ.

ولو كان للمسلمِ ابنانِ أحدُهما مسلمٌ والآخَرُ ذِمّيٌّ فنفقَتُه عليهما على السّواءِ لما ذَكَرْنا أنّ نفقةَ الوِلادةِ لا تختَلِفُ باختلافِ الدّينِ.

والثاني: اتِّحادُ الدّارِ في غيرِ قَرابةِ الوِلادةِ من الرّحِمِ المحرَمِ فلا تَجْري النّفَقةُ بين الذِّمّيِّ الذي في دارِ الإسلامِ وبين الحرْبيِّ في دارِ الحرْب لاختلافِ الدّارَيْنِ، ولا بين الذِّمّيِّ والحرْبيِّ المُسْتَأْمَنِ في دارِ الإسلامِ؛ لأنّ الحرْبيّ وإنْ كان مُسْتَأمَنًا في دارِ الإسلامِ فهو من أهلِ الحرْب وإنّما دخلَ دارَ الإسلامِ لحَوائجَ يقضيها ثُمّ يَعودُ، ألا تَرَى أنّ الإمامَ يُمَكِّنُه من الرُّجوعِ إلى دارِ الحرْب ولا يُمَكِّنُه من إطالةِ الإقامةِ في دارِ الإسلامِ، فاختلفتا الدّارانِ، وكذا لا نفقةَ بين المسلمِ [1] [المُتَوَطِّنِ] [2] في دارِ الإسلامِ وبين الحرْبيِّ الذي أسلَمَ في دارِ الحرْب ولم يُهاجِرْ إلَيْنا لاختلافِ الدّارَيْنِ وهذا ليس بشرطٍ في قَرابةِ الوِلادِ.

و[وجه] [3] **الفرقُ بينهما (من وجهَيْنِ)** [4]:

أحدُهما: أنّ (وجوبَ هذه النّفَقةِ) [5] في هذه القرابةِ بطريقِ [6] الصِّلةِ، ولا تجبُ هذه الصِّلةُ عندَ اختلافِ الدّارَيْنِ وتجبُ في قَرابةِ الوِلادِ.

والثاني: أنّ الوجوبَ ههنا بحقِّ الوِراثةِ ولا وِراثةَ عندَ اختلافِ الدّارَيْنِ والوجوبُ هناك بحقِّ الوِلادةِ وإنّه لا يختلِفُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى غيرِهما فقضاءُ القاضي في أحدِ نوعَيِ النّفَقةِ وهي نفقةُ غيرِ الوِلادِ من الرّحِمِ المحرَمِ، فلا تجبُ هذه النّفَقةُ من غيرِ قضاءِ القاضي، ولا يُشْتَرَطُ ذلك في نفقةِ الوِلادِ حتّى تجبَ من غيرِ قضاءٍ كما تجبُ نفقةُ الزّوجاتِ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ نفقةَ الوِلادِ تجبُ بطريقِ الإحياءِ لِمَا فيها من دَفْعِ الهَلاكِ لتَحقُّقِ معنى الجزئيّةِ والبعضيّةِ بين المُنْفِقِ والمُنْفَقِ عليه، ويجبُ على الإنسانِ إحياءُ نفسِه بدَفْعِ الهَلاكِ

---

(١) زاد في المخطوط: «أو الذمي».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «على نحو ما ذكرنا من الوجهين».
(٥) في المخطوط: «الوجوب».
(٦) في المخطوط: «بحقّ».

عن نفسِه، ولا يَقِفُ وجوبُه على قضاءِ القاضي.

فأمّا نفقةُ سائرِ ذوي الرّحِمِ المحرَمِ فليس وجوبُها من طريقِ الإحياءِ لانعِدامِ معنى الجزئيّةِ، وإنّما تجبُ صِلةً محضةً فجاز أنْ يَقِفَ وجوبُها على قضاءِ القاضي وبخلافِ نفقةِ الزّوجاتِ؛ لأنّ لها شَبَهًا بالأعواضِ فمن حيثُ [١] هي صِلةٌ لم تَصِرْ دَيْنًا من غيرِ قضاءِ [ورِضًا] [٢]، ومن حيثُ هي عِوَضٌ تجبُ من غيرِ قضاءٍ عَمَلًا بالشّبَهَيْنِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا كان الرّجُلُ غائبًا وله مالٌ حاضِرٌ أنّ القاضيَ لا يأمُرُ أحدًا بالنّفَقةِ من مالِه إلاّ الأبَوَيْنِ الفقيرَيْنِ وأولادَه الفقراءَ الصِّغارَ الذُّكورَ والإناثَ والكِبارَ الذُّكورَ الفقراءَ العجَزةَ عن الكسْبِ والإناثَ الفقيراتِ والزّوجةَ؛ لأنّه لا حقّ لأحدٍ في مالِه إلاّ لهؤلاء.

ألا تَرَى أنّه ليس لغيرِهم أنْ يمُدّ يَدَه إلى مالِه فيأخُذَه وإنْ كان فقيرًا مُحْتاجًا ولهم ذلك، فكان الأمرُ من القاضي بالإنْفاقِ من مالِه لغيرِهم قضاءً على الغائب من غيرِ خَصْمٍ حاضِرٍ ولا يكونُ لهم قضاءً بل يكونُ إعانةً، ثُمّ إنْ كان المالُ حاضِرًا عندَ هؤلاء وكان النّسَبُ معروفًا أو عَلِمَ القاضي بذلك أمرهم بالنّفَقةِ منه؛ لأنّ نفقَتَهم واجِبةٌ من غيرِ قضاءِ [٢/ ١٤٩أ] القاضي فكان الأمرُ من القاضي بالإنْفاقِ إعانةً لا قضاءً وإنْ لم يعلم بالنّسَب فطَلَبَ بعضُهم أنْ يُثْبتَ ذلك عندَ القاضي بالبيِّنةِ لا تُسْمَعُ منه البيِّنةُ؛ لأنّه يكونُ قضاءً على الغائب من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ.

وكذلك إنْ كان مالُه [٣] وديعةً عندَ إنسانٍ وهو مُقِرٌّ بها أمرهم القاضي بالإنْفاقِ منها وكذا إذا كان له دَيْنٌ على إنسانٍ وهو مُقِرٌّ به لما قُلْنا.

ولو دَفَعَ صاحِبُ اليدِ أو المديونُ إليهم بغيرِ إذنِ القاضي يَضْمَنُ، وإذا وقَعَ بإذنِه لا يَضْمَنُ [واستَوْثَقَ القاضي منهم كفيلًا إنْ شاء] [٤] وكذا لا يأمُرُ الجدّ ووَلَدَ الولدِ حالَ وجودِ الأب والولدِ؛ لأنّهما حالَ وجودِهما بمنزلةِ ذَوي الأرحام ويأمُرُهما حالَ عَدَمِهما؛ لأنّ الجدّ يقومُ مقامَ الأب حالَ [٥] عَدَمِه، ووَلَدَ الولدِ يقومُ مقامَ الولدِ حالَ [٦] عَدَمِه،

---

(١) في المخطوط: «وجبت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «له».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «عند».
(٦) في المخطوط: «عند».

وإنْ كان صاحِبُ اليدِ أو المديونُ مُنْكِرًا فأرادوا أنْ يُقيموا البيِّنةَ لم يَلْتَفِتِ القاضي إلى ذلك لما ذَكَرْنا فإنْ أنْفَقَ الأبُ من مالِ ابنِه ثُمّ حَضَرَ الابنُ فقال للأب: كُنْت موسِرًا، وقال الأبُ: كُنْت مُعْسِرًا يُنْظَرُ إلى حالِ الأب وقتَ الخُصومةِ فإنْ كان مُعْسِرًا فالقولُ قولُه وإنْ كان موسِرًا فالقولُ قولُ الابنِ؛ لأنّ الظّاهِرَ استمْرارُ حالِ اليسارِ، والإعسارِ والتّغيُّرُ خلافُ الظّاهِرِ [فيجعل حكمًا] [1]، فيُحَكّمُ [الحالُ] [2] وصار [3] هذا كالأجير مع المُسْتَأجِرِ إذا اختلَفا في جَرَيانِ الماءِ وانقِطاعِه أنّه يُحَكّمُ الحالُ لما قُلْنا كذا هذا .

فإنْ أقاما البيِّنةَ فالبيِّنةُ بيِّنةُ الابنِ؛ لأنّها تُثْبتُ أمرًا زائدًا وهو الغِنَى . هذا إذا كان المالُ من جِنْسِ النّفَقةِ من الدّراهمِ والدّنانيرِ والطّعامِ والكِسْوةِ [4] فإنْ كان من غيرِ جِنْسِها فالقاضي لا يَبيعُ على الغائب العقارَ لأجلِ القضاءِ بالإنْفاقِ وكذا الأبُ إلاّ إذا كان الولدُ صَغيرًا فلْيَبعِ العقارَ .

وأمّا العُروض فهل يَبيعُها القاضي؟ فالأمرُ فيه على ما ذَكَرْنا من الاتّفاقِ والاختلافِ وهل يَبيعُها الأبُ؟

قال أبو حنيفةَ: يَبيعُ مِقْدارَ ما يَحْتاجُ إليه لا الزّيادةَ على ذلك وهو [5] استِحْسانٌ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يَبيعُ ولا خلافَ أنّ الأمّ لا تَبيعُ مالَ ولدِها الصّغيرِ والكبيرِ وكذا الأولادُ لا يَبيعونَ مالَ الأبوَيْنِ .

وجهُ قولِهما وهو القياسُ: أنّه لا وِلايةَ للأب على الولدِ الكبيرِ فكان هو وغيرُه من الأقارِب سَواءً؛ ولهذا لا يَبيعُ العقارَ وكذا العُروض .

ولأبي حنيفةَ أنّ في بيعِ العُروضِ نَظَرًا للوَلَدِ الغائب؛ لأنّ العُروضَ مِمّا يُخافُ عليه الهَلاكُ فكان بيعُها (من باب الحِفْظِ) [6]، والأبُ يملِكُ النّظَرَ لوَلَدِه بحِفْظِ مالِه وغيرِ ذلك بخلافِ العقارِ فإنّه محفوظٌ بنفسِه فلا حاجةَ إلى حِفْظِه بالبيعِ فيَبْقَى بيعُه تَصَرُّفًا على الولدِ الكبيرِ فلا يملِكُه ولأنّ الشّرعَ أضافَ مالَ الولدِ إلى الوالِدِ وسَمّاه كسْبًا له فإنْ لم يَظْهَرْ ذلك في حقيقةِ الملكِ فلا أقَلّ من أنْ يَظْهَرَ في وِلايةِ بيعِ عَرَضِه عندَ الحاجةِ .

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فصار».
(٤) في المخطوط: «ونحوها».
(٥) في المخطوط: «وهذا».
(٦) في المخطوط: «حفاظًا لها».

فَصْلٌ [في مقدار الواجب من هذه النفقة]

وأمّا بيانُ مِقْدارِ الواجِب من هذه النّفَقةِ فنفقةُ الأقارِب مُقَدّرةٌ بالكِفايةِ بلا خلافٍ ؛ لأنّها تجبُ للحاجةِ فتَتَقَدّرُ بقدرِ الحاجةِ وكُلُّ مَنْ وجَبَتْ عليه نفقةُ غيرِه يجبُ عليه له المأكَلُ والمشْرَبُ والملبَسُ [والسُّكنَى] [١] والرّضاعُ إنْ كان رَضيعًا ؛ لأنّ وجوبَها للكِفايةِ والكِفايةُ تَتَعَلّقُ بهذه الأشياءِ فإنْ كان للمُنْفَقِ عليه خادِمٌ يَحْتاجُ إلى خدمَتِه تُفْرَضُ له أيضًا ؛ لأنّ ذلك من جملةِ الكِفايةِ .

فَصْلٌ [في كيفية الوجوب]

وأمّا بيانُ كَيْفيّةِ وجوبها فهذه النّفَقةُ تجبُ على وجهٍ لا تَصيرُ دَيْنًا في الذِّمّةِ أصلاً سَواءٌ فرَضَها القاضي أو لا بخلافِ نفقةِ الزّوجاتِ فإنّها تَصيرُ دَيْنًا في الذِّمّةِ بفَرْضِ القاضي أو بالتّراضي حتّى لو فرَضَ القاضي للقَريب نفقةَ شهرٍ فمضى الشّهرُ ولم يأخُذْ ليس له أنْ يُطالبه بها بل تَسْقُطُ وفي نفقةِ الزّوجاتِ للمرأةِ وِلايةُ المُطالَبةِ بما مضى من النّفَقةِ في مُدّةِ الفرضِ . وقد ذَكَرْنا وجهَ الفرقِ بينهما في نفقةِ الزّوجاتِ فيقعُ الفرقُ بين النّفَقَتَيْنِ في أشياءَ :

منها: ما وصَفْناه آنِفًا أنّ نفقةَ الزوجة [٢] تَصيرُ دَيْنًا بالقضاءِ أو بالرِّضا ، ونفقةُ الأقارِب لا تَصيرُ دَيْنًا أصلاً ورأسًا .

ومنها: أنّ نفقةَ الأقارِب أو كِسْوَتَهم لا تجبُ لغيرِ المُعْسِرِ ونفقةُ الزّوجاتِ أو كِسْوَتُهُنّ تجبُ للمُعْسِرةِ والموسِرةِ .

ومنها: أنّ نفقةَ الأقارِب أو كِسْوَتَهم إذا هَلَكَتْ قبل مُضيِّ مُدّةِ الفرضِ تجبُ نفقةٌ أُخرى وكِسْوةٌ أُخرى وفي نفقةِ الزّوجاتِ لا تجبُ .

ومنها: أنّ نفقةَ الأقارِب أو كِسْوَتَهم إذا تَعَيّنَتْ [٣] بعدَ مُضيِّ المُدّةِ لا تجبُ أُخرى ، وفي نفقةِ الزّوجاتِ تجبُ وقد مَرّ الفرقُ بين هذه الجملةِ في فصلِ (نفقةِ الزّوجاتِ) .

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «المرأة» .
(٣) في المخطوط : «بقيت» .

ومنها: أنّه إذا عَجّلَ نفقةَ مُدّةٍ في الأقارِب فمات المنفِق أو المُنْفَقُ عليه قبل تَمامِ المُدّةِ، لا يَسْتَرِدُّ شيئًا منها بلا خلافٍ، وفي [٢/ ١٤٩ب] نفقةِ الزّوجاتِ خلافُ محمّد، ويُحْبَسُ في نفقةِ الأقارِب كما يُحْبَسُ في نفقةِ الزّوجاتِ، أمّا غيرُ الأب فلا شَكّ فيه.

وأمّا الأبُ فيُحْبَسُ في نفقةِ الولدِ أيضًا ولا يُحْبَسُ في سائرِ دُيونِه؛ لأنّ إيذاءَ الأب حَرامٌ في الأصلِ وفي الحبْسِ إيذاؤه إلاّ أنّ في النّفقةِ ضَرورةً وهي (ضَرورةُ دَفْعِ) [1] الهَلاكِ عن الولدِ؛ إذْ لو لم يُنْفِقْ عليه لهَلَكَ فكان هو بالامتِناعِ من الإنْفاقِ عليه كالقاصِدِ إهْلاكَه فدُفِعَ قَصْدُه بالحبْسِ ويَحمِلُ هذا القدرَ من الأذَى لهذه الضّرورةِ وهذا المعنى لم يوجدْ في سائرِ الدُّيونِ ولأنّ ههنا ضَرورةً أُخرى وهي ضَرورةُ استِدْراكِ هذا الحقِّ أعني: النّفَقةَ؛ لأنّها تَسْقُطُ بمُضيِّ الزّمانِ فتَقَعُ الحاجةُ إلى الاستِدْراكِ بالحبْسِ؛ لأنّ الحبْسَ يَحمِلُه [على الأداءِ] [2] فيَحْصُلُ الاستِدْراكُ، ولو لم يُحْبَسْ يَفوتُ حقُّه رأسًا فشُرِعَ الحبْسُ في حقِّه لضَرورةِ استِدْراكِ الحقِّ صيانةً له عن الفواتِ وهذا المعنى لا يوجدُ في سائرِ الدُّيونِ؛ لأنّها لا تَفوتُ بمُضيِّ الزّمانِ فلا ضَرورةَ إلى الاستِدْراكِ بالحبْسِ ولهذا قال أصحابُنا: إنّ المُمْتَنِعَ من النّفَقةِ يُضَرُّ ولا يُحْبَسُ بخلافِ [المُمْتَنِعِ من] [3] سائرِ الحُقوقِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ استِدْراكُ هذا الحقِّ بالحبْسِ؛ لأنّه يَفوتُ بمُضيِّ الزّمانِ فيُسْتَدْرَكُ بالضّرْب بخلافِ سائرِ الحُقوقِ وكذلك الجدُّ أبَ الأب وإنْ عَلا لأنّه يقومُ مقامَ الأب عندَ عَدَمِه.

فَصْلٌ [في المسقط لها بعد الوجوب]

وأمّا بيانُ المُسْقِطِ لها بعدَ الوجوب فالمُسْقِطُ لها بعدَ الوجوب هو مُضيُّ الزّمانِ من غيرِ قَبْضٍ ولا استِدانةٍ حتّى لو فرَضَ القاضي نفقةَ شهرٍ للقَريب فلم يقبضْ ولا استَدانَ عليه حتّى مَضَتِ المُدّةُ - سَقَطَتِ النّفَقةُ لما ذَكَرْنا أنّ هذه النّفَقةَ تجبُ صِلةً محضةً فلا يتأكّدُ وجوبُها إلاّ بالقبْضِ أو ما يقومُ مقامَه، واللّه أعلَمُ.

* * *

---

(١) زاد في المخطوط: «المنفِق أو».

(٢) في المخطوط: «دفع ضرورة».

(٣) ليست في المخطوط.

فَصْلٌ [في نفقة الرقيق]

وأمّا نفقةُ الرّقيقِ فالكلامُ في هذا الفصلِ في مواضِعَ:

في بيانِ وجوب هذه النّفَقةِ.

وفي بيانِ سببِ وجوبها.

وفي بيانِ شرطِ الوجوب.

وفي بيانِ مِقْدارِ الواجِب.

وفي بيانِ كيْفيّةِ الوجوب.

أمّا الأوّل: فوجوبُها ثابتٌ بالكِتاب والسُّنّةِ والإجماعِ والمعقولِ.

أمّا الكِتاب فقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣٦] معطوفًا على [قولِه] [١]: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [النساء: ٣٦] أمر بالإحسانِ إلى المماليكِ ومُطْلَقُ الأمرِ يُحمَلُ على الوجوب، والإنْفاقُ عليهم إحسانٌ بهم فكان واجِبًا ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ أمرًا بالإحسانِ إلى المماليكِ أمرًا بتَوْسيعِ النّفَقةِ عليهم؛ لأنّ المرءَ لا يَتْرُكُ أصلَ النّفَقةِ على مَمْلوكِه إشْفاقًا على ملكِه وقد يُقَتِّرُ في الإنْفاقِ عليه لكَوْنِه مَمْلوكًا في يَدِه فأمر اللّه عَزّ وجَلّ السّاداتِ بتَوْسيعِ النّفَقةِ على مَماليكِهم شُكرًا لما أنْعَمَ عليهم حيثُ جعل مَنْ هو من جَوْهَرِهم وأمثالِهم في الخِلْقةِ خَدَمًا وخَوَلاً أذِلاّءَ تحت أيديهم يَسْتخدِمونَهم ويَسْتعمِلونَهم في حَوائجِهم.

وأمّا السُّنّة: فما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ كان يوصي بالمَمْلوكِ خَيْرًا ويقولُ: «أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ وَلَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا لَا يُطِيقُونَ» [٢] فإنّ اللّهَ تعالى يقولُ: ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) رواه البخاري، كتاب العتق، باب: قول النبي ﷺ «العبيد إخوانكم...»، حديث (٢٥٤٥)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس، حديث (١٦٦١)، وأبو داود، حديث (٥١٥٧)، والترمذي، حديث (١٩٤٥)، وابن ماجه، حديث (٣٦٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٧)، والبخاري في الأدب المفرد، ص (٧٦)، حديث (١٨٩)، والبزار في مسنده (٩/ ٤٠٠)، حديث (٣٩٩٢).

وعن أنَسٍ رضي الله عنه قال كان آخِرُ وصيّةِ رسولِ اللّه ﷺ حين حَضَرَتْه الوفاةُ: «الصَّلَاةَ وَمَا مَلَكَتْ أَيمَانُكُمْ» (١) وجعل ﷺ يُغَرْغِرُ بها في صَدْرِه، وما يقبضُ بها على (٢) لسانُه، وعليه إجماعُ الأُمّةِ أنّ نفقةَ الممْلوكِ واجِبةٌ.

وأمّا المعقولُ: فهو [أنه] (٣) عبدٌ مَمْلوكٌ لا يقدِرُ على شيءٍ فلو لم تُجْعَلْ نفقَتُه على مولاه لهَلَكَ.

فصْلٌ [في سبب وجوبها]

وأمّا سببُ وجوبها: فالملكُ؛ لأنّه يوجِبُ الاختصاصَ بالمَمْلوكِ انتِفاعًا وتَصَرُّفًا وهو نفسُ الملكِ فإذا كانت مَنْفَعَتُه للمالِكِ كانت مُؤْنَتُه عليه؛ إذِ الخراجُ بالضّمانِ وعلى هذا يُبنَى أنّه لا يجبُ على العبدِ نفقةُ ولدِه لعَدَمِ الملكِ؛ لأنّ أُمّه إنْ كانت حُرّةً فهو حُرٌّ، وإنْ كانت مَمْلوكةً فهو ملكُ مولاها فكانت نفقَتُه على المولى ولأنّ العبدَ لا مالَ له بل هو وما في يَدِه لمولاه والمولى أجنَبيٌّ عن هذا الولدِ فكيف تجبُ النّفَقةُ في مالِ الغيرِ لملكِ الغيرِ.

وكذا لا يجبُ على الحُرِّ نفقةُ ولدِه الممْلوكِ بأنْ تزوّجَ حُرٌّ أمةَ غيرِه فوَلَدَتْ ولدًا؛ لأنّه ملكُ غيرِه فلا تجبُ عليه نفقةُ مَمْلوكِ غيرِه. ولو أعتَقَ عبدَه بَطَلَتِ النّفَقةُ لبُطْلانِ سببِ الوجوبِ وهو الملكُ ثُمّ إنْ كان بالِغًا صَحيحًا فنفقَتُه في كسْبه وإنْ كان صَغيرًا أو زَمِنًا قالوا: إنّ نفقَتَه في بيتِ المالِ؛ لأنّه واحدٌ من المسلمينَ حُرٌّ عاجِزٌ، لا يُعْرَفُ له [غنيٌّ] (٤) قَريبٌ، وبيتُ المالِ مالُ المسلمينَ فكانت نفقَتُه فيه، وكذا اللّقيطُ إذا لم يكنْ معه مالٌ فنفقَتُه في بيتِ المالِ لما قُلْنا.

وقالوا في الصّغيرِ في يَدِ رجلٍ قال لرجلٍ: هذا عبدُك أودَعْتَنيه فجَحَدَ قال محمّدٌ[٢/ ١٥٠أ]: أستَحْلِفُه باللّه عَزّ وجَلّ ما أودَعْته فإنْ حَلَفَ قضَيْت بنفقَتِه على الذي هو في يَدِه؛ لأنّه أقَرّ برِقِّه ثُمّ أقَرّ به لغيرِه وقد رَدّ الغيرُ إقرارَه فبقيَ في يَدِه واليدُ دَليلُ الملكِ فيَلْزَمُه نفقَتُه.

قال محمّدٌ: ولو كان كبيرًا لم أستَحْلِفِ المُدّعَى عليه؛ لأنّه إذا كان كبيرًا كان في يَدِ

---

(١) تقدم في كتاب الصلاة.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أنه».
(٤) زيادة من المخطوط.

نفسِه وكان دَعْواه هَدَرًا فيَقِفُ الأمرُ على دَعْوَى الكبيرِ فكُلُّ مَنِ ادّعَى عليه أنّه عبدُه وصَدّقَه فعليه نفقَتُه.

ولو كان العبدُ [1] بين شريكَيْنِ فنفقَتُه عليهما على قدرِ ملكَيْهما، وكذلك لو كان في أيديهما كُلُّ واحدٍ منهما يَدّعي أنّه له ولا بيِّنةَ لهما فنفقَتُه عليهما وقالوا في الجاريةِ المُشْتَرَكةِ بين اثنَيْنِ أتَتْ بوَلَدٍ فادّعاه المولَيانِ: إنّ نفقةَ هذا الولدِ عليهما وعلى الولدِ إذا كبرَ نفقةُ كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما أبٌ كامِلٌ في حقِّه، واللّه أعلَمُ.

فَصْلٌ [في شرط وجوبها]

[وأمّا شرطُ وجوبها فهو أنْ يكونَ الرّقيقُ مَمْلوكَ المنافِعِ والمكاسِبِ للمولى فإنْ لم يكنْ فلا تجبُ عليه نفقَتُه فيجبُ على الإنسانِ نفقةُ عبدِه القِنِّ والمُدَبّرِ وأُمِّ الولدِ؛ لأنّ أكسابَهم ملكُ المولى، ولا تجبُ عليه نفقةُ مُكاتَبِه؛ لأنّه غيرُ مَمْلوكِ المكاسِبِ لمولاه. ألا تَرَى أنّه أحقُّ بكَسْبه من مولاه فكان في] [2] مَكاسِبه كالحُرِّ؛ فكانت نفقَتُه في كسْبه كالحُرِّ وكذا مُعْتَقُ البعضِ؛ لأنّه بمنزلةِ المُكاتَب عندَ أبي حنيفةَ وعندَهما: حُرٌّ عليه دَيْنٌ والعبدُ الموصَى برَقَبَتِه لإنسانٍ وبخدمَتِه لآخَرَ - نفقَتُه على صاحِب الخدمةِ لا على صاحِب الرّقَبةِ؛ لأنّ مَنْفَعَتَه لصاحِب الخدمةِ، ونفقةُ عبدِ الرّهْنِ على الرّاهنِ؛ لأنّ ملكَ الذّاتِ [3] والمنفَعةِ له، ونفقةُ عبدِ الوديعةِ على المودِعِ لما قُلْنا، ونفقةُ عبدِ العاريّةِ على المُسْتَعيرِ؛ لأنّ ملكَ المنفَعةِ في زمنِ العاريّةِ له؛ إذِ الإعارةُ تمليكُ المنفَعةِ، ونفقةُ عبدِ الغصْب قبل الرّدِّ على الغاصِب؛ لأنّ مَنافِعَه تَحْدُثُ على ملكِه - على بعضِ طُرُقِ أصحابنا حتّى لو لم تَكُنْ مَضْمونةً على الغاصِب فكانت نفقَتُه عليه ولأنّ رَدّ المغْصوب على الغاصِب ومُؤْنةُ الرّدِّ عليه لكَوْنِها من ضَروراتِ الرّدِّ والنّفَقةُ من ضَروراتِ الرّدِّ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه [الرد] [4] إلاّ باستِبْقائه ولا يَبْقَى عادةً إلاّ بالنّفَقةِ فكانتِ النّفَقةُ من مُؤْناتِ الرّدِّ لكَوْنِها من ضَروراتِه فكانت على الغاصِب، واللّه أعلَمُ.

* * *

---

(١) في المخطوط: «المملوك».

(٢) سقطت من المطبوع

(٣) في المخطوط: «الدار».

(٤) زيادة من المخطوط.

فَصْلٌ [في مقدار الواجب منها]

وأمّا مِقْدارُ الواجِب منها: فمِقْدارُ الكِفايةِ؛ لأنّ وجوبَها للكِفايةِ فتُقَدّرُ [١] بقدرِ الكِفايةِ كنفقةِ الأقارِب.

فَصْلٌ [كيفية وجوبها]

وأمّا كيْفيّةُ وجوبها: فإنّها تجبُ على وجهٍ [يُجْبَرُ عليها عندَ الطّلَب والخُصومةِ في الجملةِ بيانُ ذلك أنّ الممْلوكَ إذا خاصَمَ مولاه في النّفَقةِ عندَ القاضي فإنّ القاضيَ يأمُرُه بالنّفَقةِ عليه فإنْ أبَى يَنْظُرُ القاضي فكُلُّ مَنْ يصْلُحُ للإجارةِ يُؤاجِرُه ويُنْفِقُ عليه من أُجْرَتِه أو يَبيعُه إنْ كان مَحَلاًّ للبيعِ كالقِنِّ، ورأيُ البيعِ أصلَحُ ولا يُجْبَرُ على الإنْفاقِ وإنْ لم يصْلُحْ للإجارةِ بأنْ كان صَغيرًا أو جاريةً ولا مَحَلاًّ للبيعِ كالمُدَبّرِ وأُمّ الولدِ يُجبرُه على الإنْفاقِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ بيعُه ولا إجارَتُه، وتَرْكُه جائعًا تَضْييعٌ إلى آدَميٍّ فيُجْبَرُ المولى على الإنْفاقِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وأمّا نفقةُ البهائمِ] [٢] فلا [٣] يُجبَرُ عليها في ظاهرِ الرّوايةِ ولكنّه يُفْتَى فيما بينه وبين اللّه تعالى أنْ يُنْفِقَ عليها [٤]. ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه يُجْبَرُ عليها؛ لأنّ في تَرْكِه جائعًا تعذيبَ الحيَوانِ بلا فائدةٍ وتَضْييعَ المالِ ونَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن ذلك كُلِّه ولأنّه سَفَهٌ لخُلوِّه عن العاقِبةِ الحميدةِ والسّفَه حَرامٌ عقلاً.

وجه ظاهرِ الروايةِ: أنّ الجبْرَ على الحقِّ يكونُ عندَ الطّلَب والخُصومةِ من صاحِب الحقِّ ولا خَصْمَ فلا يُجْبَرُ، ولكنْ تجبُ فيما بينه وبين اللّه تعالى لما قاله أبو يوسُفَ.

وأمّا نفقةُ الجماداتِ كالدّورِ والعقارِ فلا يُجْبَرُ عليها لما قُلْنا، ولا يُفْتَى أيضًا بالوجوب إلاّ أنّه إذا كان [هناك] [٥] تَضْييعَ المالِ فيُكرَه له ذلك، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «فيكون».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «عليها».
(٥) ليست في المخطوط.

كتاب الحضانة



كِتاب الحضانةِ [1]

الكلامُ في هذا الكِتاب في مواضِعَ: في تَفْسيرِ الحضانةِ وفي بيانِ مَنْ له الحضانةُ، وفي بيانِ مُدّةِ الحضانةِ، وفي بيانِ مَكانِ الحضانةِ .

أمّا الأوّلُ: فالحضانةُ في اللُّغةِ تُستعملُ في معنيَيْنِ :

احدُهما: جَعْلُ الشّيءِ في ناحيةٍ يُقالُ: حَضَنَ الرّجُلُ الشّيءَ أي اعتزلَه فجَعَلَه في ناحيةٍ منه .

والثّاني: الضّمُّ إلى الجنْب يُقالُ: حَضَنْته واحتَضَنْته: إذا ضَمَمْته إلى جَنْبك، والحضْنُ الجنْبُ فحَضانةُ الأمِّ ولدَها هي ضَمُّها إيّاه إلى جَنْبها واعتِزالُها إيّاه من أبيه ليكونَ عندَها فتَقومَ بحِفْظِه وإمساكِه وغَسْلِ ثيابه ولا تُجْبَرُ الأمُّ على إرضاعِه [2] إلاّ أنْ لا يوجدَ مَنْ تُرْضِعُه فتُجْبَرَ عليه وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ [3] .

وقال مالِكٌ: إنْ كانت شريفةً لم تُجْبَرْ وإنْ كانت دَنيّةً تُجْبَرْ [4] والصّحيحُ قولُ العامّةِ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] قِيلَ: في بعضِ وجوه التّأويلِ أي:

---

(١) **الحضانة في اللغة**: مصدر حضن، ومنه: حضن الطائر بيضه: إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة ابنها: إذا جعلته في حضنها أو ربته، والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه، وحضن الصبي يحضنه حضنًا: رباه.

والحضانة شرعًا: هي حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه. انظر الموسوعة الفقهية (١٦/ ٢٩٩).

(٢) في المخطوط: «الرضاعة».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٤/ ٣٦٨)، درر الحكام (١/ ٤١٠)، البحر الرائق (٤/ ١٨١)، رد المحتار (٣/ ٥٥٩).

(٤) في بيان مذهب المالكية: يقول خليل بن إسحاق: «وعلى الأم المتزوجة أو الرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن إلا أن لا يَقبلَ غيرَها أو يُعدمَ الأب أو يموت ولا مال للصبي واستأجرت إن لم يكن لها لبان، ولها إن قبل غيرها أجرة المثل ولو وجد من ترضعه عندها مجانًا على الأرجح مختصر خليل ص (١٦٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢١٤)، الخرشي (٤/ ٢٠٦)، حاشية العدوي (٢/ ١٢٩)، حاشية الدسوقي (٢/ ٥٢٥)، منح الجليل (٤/ ٤١٩).

لا تُضارّ بإلْزامِ الإرضاعِ مع كراهَتِها وقولِه عَزّ وجَلّ في المُطَلّقاتِ: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾ [الطلاق:٦] جعل تعالى أجرَ الرّضاعِ على الأب لا على الأُمّ مع وجودِها؛ فدَلّ أنّ الرّضاعَ ليس على الأُمّ وقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: رِزْقُ الوالِداتِ المُرْضِعاتِ فإنْ أُريدَ به المُطَلّقاتُ؛ ففيه أنّه لا إرضاعَ على الأُمّ حيثُ أوجَبَ بَدَلَ الإرضاعِ على الأب مع وجودِ الأُمّ وإنْ أُريدَ به المنكوحاتُ كان المُرادُ منه - واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ - إيجابَ زيادةِ [٢/ ١٥٠ب] النّفَقةِ (١) على الأب للأُمّ المُرْضِعةِ لأجلِ الولدِ، وإلاّ فالنّفَقةُ تَسْتَحِقُّها المنكوحةُ من غيرِ ولدٍ ولأنّ الإرضاعَ إنْفاقٌ على الولدِ ونفقةُ الولدِ يختصُّ بها الوالِدُ لا يُشارِكُه فيها الأُمُّ كنفقَتِه بعدَ الاستِغْناءِ. فكَما لا تجبُ عليها نفقَتُه بعدَ الاستِغْناءِ؛ لا تجبُ عليها قبله، [وهو إرضاعُه] (٢) وهذا في الحُكمِ.

وأمّا في الفتْوَى فتُفْتَى بأنّها تُرْضِعُه لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] قِيلَ في بعضِ (تأويلاتِ الآيةِ) (٣): أي لا تُضارّ بوَلَدِها بأنْ تَرْمِيَه على الزّوجِ بعدَ ما عَرَفَها وألِفَها ولا تُرْضِعَه فيتضَرّرَ الولدُ ومَتَى تَضَرّرَ الولدُ تَضَرّرَ الوالِدُ؛ لأنّه يتألّمُ قَلْبُه بذلك، وقد قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: لا يُضارّ المولودُ له بسبب الإضْرارِ بوَلَدِه كذا قِيلَ في بعضِ وجوه التّأويلِ؛ ولأنّ النّكاحَ عقدُ (سَكَنٍ وازْدِواجٍ) (٤)، وذلك لا يَحْصُلُ إلاّ باجتماعِهما على مَصالِحِ النّكاحِ.

ومنها: إرضاعُ الولدِ فيُفْتَى به ولكنّها إنْ أبَتْ لا تُجْبَرُ عليه؛ لما قُلْنا، إلاّ إذا كان لا يوجدُ مَنْ يُرْضِعُه فحينئذٍ تُجْبَرُ على إرضاعِه (٥)؛ إذْ لو لم تُجْبَرْ عليه لهَلَكَ الولدُ.

ولو التَمسَ الأبُ لوَلَدِه مُرْضِعًا فأرادَتِ الأُمُّ أنْ تُرْضِعَه بنفسِها فهي أولى؛ لأنّها أشفَقُ عليه ولأنّ في انتِزاعِ الولدِ (منها إضْرارًا بها) (٦) وإنّه مَنْهيٌّ عنه لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] قِيلَ في بعضِ الأقاويلِ: أي لا يُضارّها زوجُها بانتِزاعِ الولدِ منها وهي تُريدُ إمساكَه وإرضاعَه.

فإنْ أرادَتْ أنْ تأخُذَ على ذلك أجرًا في صُلْبِ النّكاحِ لم يَجز لها ذلك؛ لأنّ الإرضاعَ

---

(١) في المخطوط: «نفقة».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «وجوه التأويل».
(٤) في المخطوط: «إزواج».
(٥) في المخطوط: «الرضاعة».
(٦) في المخطوط: «ضررًا بالأم».

وإنْ لم يكنْ مُسْتَحقًّا عليها في الحُكم فهو مُسْتَحقٌّ في الفتْوَى، ولا يجوزُ أخذُ الأجرِ على أمرٍ مُسْتَحقٍّ؛ لأنّه يكونُ رِشْوةً، ولأنّها قد استَحقّتْ نفقةَ النّكاحِ [وأُجْرةَ الرّضاعِ] [١]، وأُجْرةُ الرّضاعِ بمنزلةِ النّفقةِ فلا تَسْتَحِقُّ نفقتَيْنِ ولأنّ أجرَ الرّضاعِ يجبُ لحِفْظِ الصّبيِّ وغُسْلِه وهو من نَظافةِ البيتِ، ومَنْفعةُ البيتِ تَحْصُلُ للزّوجَيْنِ فلا يجوزُ لها أنْ تَأخُذَ عِوَضًا عن مَنْفَعةٍ تَحْصُلُ لها حتّى لو استأجَرَها على إرضاعِ ولدِه من غيرِها جاز؛ لأنّ ذلك غيرُ واجِبٍ عليها فلا يكونُ أخذُ الأُجْرةِ على فعلٍ واجِبٍ عليها وكذا ليس في حِفْظِه مَنْفَعةٌ تعودُ إليها؛ لأنّه لا يجبُ عليها أنْ تُسْكِنَه معها.

وكذلك إذا كانت مُعْتَدّةً من طلاقٍ رَجْعيٍّ لا يَحِلُّ لها أنْ تَأخُذَ الأُجْرةَ كما لا يجوزُ في صُلْب النّكاحِ؛ لأنّ النّكاحَ بعدَ الطّلاقِ الرّجعيِّ قائمٌ من كُلِّ وجهٍ.

وأمّا المبتوتةُ ففيها رِوايَتانِ: في رِوايةٍ لا يجوزُ لها أنْ تَأخُذَ الأجرَ؛ لأنّها مُسْتَحِقّةٌ للنّفقةِ والسُّكنَى في حالِ قيامِ العِدّةِ فلا يَحِلُّ لها الأُجْرةُ كما لا يَحِلُّ للزّوجةِ.

وفي رِوايةٍ: يجوزُ؛ لأنّ النّكاحَ قد زالَ بالإبانةِ فصارتْ كالأجنَبيّةِ.

وأمّا إذا انقضَتْ عِدّتُها فالتَمسَتْ أُجْرةَ الرّضاعِ وقال الأبُ: أنا أجِدُ مَنْ يُرْضِعُه بغيرِ أجرٍ أو بأقلّ من ذلك، فذلك له لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦] ولأنّ في إلْزامِ الأب بما تَلْتَمِسُه الأُمُّ إضْرارًا بالأب وقد قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أي: لا يُضارّ الأبُ بالتِزام الزّيادةِ على ما تَلْتَمِسُه الأجنَبيّةُ كذا ذُكِرَ في بعضِ التّأويلاتِ ولكنْ تُرْضِعُه عندَ الأُمِّ ولا يُفَرّقُ بينهما لما فيه من إلْحاقِ الضّررِ بالأُمِّ واللّه أعلَمُ.

فصلٌ [في بيان من له الحضانة]

وأمّا بيانُ مَنْ له الحضانةُ فالحضانةُ تكونُ للنّساءِ في وقتٍ وتكونُ للرِّجالِ في وقتٍ والأصلُ فيها النّساءُ؛ لأنّهنّ أشفَقُ وأرفَقُ وأهدَى إلى تَرْبيةِ الصِّغارِ ثُمّ تُصْرَفُ إلى الرِّجالِ؛ لأنّهم [٢] على الحِمايةِ والصّيانةِ وإقامةِ مَصالِحِ الصِّغارِ أقدَرُ ولِكُلٍّ واحِدٍ منهما شرطٌ فلا بُدّ من بيانِ شرطِ الحضانَتَيْنِ ووقتِهما.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «لأن الرجال».

أمّا التي للنسّاءِ فمن شرائطِها: أنْ تكونَ المرأةُ ذاتَ رَحِمٍ محرَمٍ من الصِّغارِ فلا حَضانةَ لبَناتِ العمِّ وبَناتِ الخالِ وبَناتِ العمّةِ وبَناتِ الخالةِ؛ لأنّ مبنَى الحضانةِ على الشّفَقةِ، والرّحِمُ المحرَمُ هي المُخْتَصّةُ بالشّفَقةِ ثُمّ يتقدّمُ فيها الأقرَبُ فالأقرَبُ فأحقُّ النّساءِ من ذَواتِ الرّحِمِ المحرَمِ بالحضانةِ الأُمُّ؛ لأنّه لا أقربَ منها ثُمّ أُمُّ الأمِّ ثُمّ أُمُّ الأب؛ لأنّ الجدّتَيْنِ وإنِ استوَيَتا في القُرْب لكنْ إحداهما من قِبَلِ الأمِّ أولى، وهذه الوِلايةُ مُسْتَفادةٌ من قِبَلِ الأمِّ فكُلُّ مَنْ يُدْلي بقَرابةِ الأمِّ كان أولى؛ لأنّها تكونُ أشفَقَ [ثُمّ الأخَواتُ] [1] فأُمُّ الأب أولى من الأُخْتِ؛ لأنّ لها وِلادًا، فكانت أدخَلَ في (الوِلايةِ وكذا) [2] هي أشفَقُ، وأولى الأخَواتِ الأُخْتُ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ الأُخْتُ لأُمٍّ ثُمّ الأُخْتُ لأبٍ؛ لأنّ الأُخْتَ لأبٍ وأُمٍّ تُدْلي بقَرابتَيْنِ فتُرَجّحُ على الأُخْتِ لأُمٍّ بقَرابةِ الأب وتُرَجّحُ الأُخْتُ لأُمٍّ؛ لأنّها تُدْلي بقَرابةِ الأُمِّ فكانت أولى من الأُخْتِ لأبٍ.

واختلفتِ الرِّوايةُ عن أبي حنيفةَ في الأُخْتِ لأبٍ مع الخالةِ أيّتُهما أولى؟ رُوِيَ عنه في كِتاب النّكاحِ أنّ الخالةَ أولى وهو قولُ محمّدٍ وزُفَرَ. ورُوِيَ عنه في كِتاب الطّلاقِ أنّ [٢/ ١٥١أ] الأُخْتَ لأبٍ أولى.

وجه الروايةِ الأولى: ما رُوِيَ أنّ بنتَ حَمْزةَ لَمّا رأتْ عَليًّا رضي الله عنه تَمسّكَتْ به وقالت: ابنَ عَمّي [فأخذها] [3] فاختَصَمَ فيها عَليٌّ وجَعْفَرٌ وزيدُ بنُ حارِثةَ رضي الله عنهم فقال [عليّ] [4] رضي الله عنه: بنتُ عَمّي، وقال جَعْفَرٌ: بنتُ عَمّي وخالَتُها عندي، وقال زيدُ بنُ حارِثةَ رضي الله عنه: بنتُ أخي آخَيْت بيني وبين حَمْزةَ يا رسول اللّه، فقضَى [بها] [5] رسولُ اللّه ﷺ بها لخالَتِها وقال ﷺ: «الْخَالَةُ وَالِدَةٌ» [6]، فقد سَمّى الخالةَ والِدةً فكانت أولى.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «القرابة وكذلك».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) زاد في المخطوط: «بها».
(٦) صحيح: رواه أحمد، حديث (٧٧٢)، عن علي وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٤٠٠)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٢٤٣)، حديث (٦٧٧)، عن ابن مسعود. وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٣٢٣): فيه قيس بن الربيع وثقه شعبة والثوري، وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات، ورواه ابن سعد في الطبقات (٤/ ٣٥)، وانظر علل الدارقطني (٦/ ١٩٤)، حديث (١٠٦٢)، والتلخيص الحبير (٤/ ١٢)، ونصب الراية (٣/ ٢٦٧)، وصحيح الجامع (١٣٤٧).

وجه الرِّوايةِ الأُخرى: أنّ الأُخْتَ لأبٍ بنتُ الأب والخالةَ بنتُ الجدِّ فكانتِ الأُخْتُ أقرَبَ فكانت أولى.

وبنتُ الأُخْتِ لأبٍ وأمٍّ أولى من الخالةِ؛ لأنّها من ولدِ الأبَوَيْنِ وكذا بنتُ الأُخْتِ لأمٍّ؛ لأنّها من ولدِ الأمِّ، والخالةُ ولدُ الجدِّ، وكذا بنتُ الأُخْتِ لأبٍ أولى من الخالةِ على الرِّوايةِ الأخيرةِ؛ لأنّها من ولدِ الأب، والخالةُ ولدُ الجدِّ فكانت أولى.

وأمّا على الرِّوايةِ الأخرى [1]: فلا شَكّ أنّ الخالةَ تَتَقَدّمُ عليها؛ لأنّها تَتَقَدّمُ على أُمِّها وهي الأُخْتُ لأبٍ فلأنْ تَتَقَدّمَ على بنتِها - وهي أبْعَدُ من أُمِّها - أولى، وبَناتُ الأُخْتِ أولى من بَناتِ الأخِ لأنّ الأخَ لا حقّ له في الحضانةِ، والأُخْتُ لها حقٌّ فيها فكان ولدُ الأُخْتِ أولى والخالاتُ أولى من بَناتِ الأخِ؛ لأنّ بنتَ الأخِ تُدْلي بقَرابةِ الذّكَرِ والخالةُ تُدْلي بقَرابةِ الأمِّ؛ فكانتِ الخالةُ أولى، وبَناتُ الأخِ أولى من العمّاتِ.

وإنْ كانت كُلُّ واحدةٍ منهما أعني: بنتَ الأخِ والعمّةَ [2] تُدْلي بذَكَرٍ؛ لكنّ بنتَ الأخِ أقرَبُ؛ لأنّها ولدُ الأب، والعمّةُ ولدُ الجدِّ، فكانت بنتُ الأخِ أقرَبَ فكانت أولى، ثُمّ الخالاتُ أولى من العمّاتِ وإنْ تَساوَيْنَ في القُرْب؛ لأنّ الخالاتِ يُدْلينَ بقَرابةِ الأمِّ فكُنّ أشفَقَ، وأولى الخالاتِ الخالةُ لأبٍ وأمٍّ؛ لأنّها تُدْلي بقَرابَتَيْنِ ثُمّ الخالةُ لأمٍّ لإدْلائها بقَرابةِ الأمِّ ثُمّ الخالةُ لأبٍ ثُمّ العمّاتُ.

وذَكَرَ الحسَنُ بنُ زيادٍ في كِتاب الطّلاقِ أنّ أمّ الأب أولى من الخالةِ في قولِ أبي يوسُفَ وقال زُفَرُ: الخالةُ [أولى] [3]، وجه قولِ زُفَرَ قولُ النّبيِّ ﷺ: «**الْخَالَةُ وَالِدَةٌ**».

وجه قولِ ابي يوسُفَ: أنّ أُمّ الأب لها أولادٌ والوِلايةُ في الأصلِ مُسْتَفادةٌ بالوِلادِ.

وأولى العمّاتِ العمّةُ لأبٍ وأُمٍّ؛ لأنّها تُدْلي بقَرابَتَيْنِ ثُمّ العمّةُ لأمٍّ لاتّصالِها بجِهةِ الأمِّ ثُمّ العمّةُ لأبٍ .

وأمّا بَناتُ العمِّ والخالِ والعمّةِ والخالةِ فلا حقّ لهُنّ في الحضانةِ لعَدَمِ الرّحِمِ المحرَمِ، والله أعلَمُ.

---

(١) في المطبوع: «الأولى».

(٢) في المخطوط: «العمات».

(٣) ليست في المخطوط.

ومنها: أنْ لا تكونَ ذاتَ زوجٍ أجنَبِيٍّ من الصّغيرِ، فإنْ كانت فلا حقّ لها في الحضانةِ، وأصلُه ما رُوِيَ [عن] (١) عَمْرو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه أنّ امرأةً أتَتْ رسول اللّه ﷺ فقالت: يا رسول اللّه إنّ ابني هذا كان بَطْني له وِعاءً وحِجْري له حِواءً وثَدْيي له سِقاءً ويَزْعُمُ أبوه أنْ يَنْزِعَه مِنّي فقال رسولُ اللّه ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ مَا لَمْ تَنْكِحِي» (٢).

ورُوِيَ عن سَعيدِ بنِ المُسَيِّب أنّه قال: طَلّقَ عُمَرُ رضي الله عنه أُمّ ابنِه عاصِمٍ رضي الله عنه فلَقيَها ومعها الصّبيُّ فنازَعَها وارْتَفَعا إلى أبي بَكرٍ الصِّدّيقِ رضي الله عنه فقضَى أبو بَكرٍ رضي الله عنه بعاصِمٍ [بنِ عُمَرَ رضي الله عنهم] (٣) لأُمِّه ما لم يَشِبّ أو تَتزوّجْ وقال: إنّ ريحَها وفِراشها خَيْرٌ له حتّى يَشِبّ أو تَتزوّجَ، وذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولأنّ الصّغيرَ يَلْحقُه الجفاءُ والمذَلّةُ من قِبَلِ الأب؛ لأنّه يَبْغَضُه لغيرَتِه ويَنْظُرُ إليه نَظَرَ المغْشيِّ عليه من الموتِ ويُقَتِّرُ عليه النّفَقةَ فيتضَرّرُ به حتّى لو تزوّجَتْ بذي رَحِمٍ محرَمٍ من الصّبيِّ لا يَسْقُطُ حقُّها في الحضانةِ كالجدّةِ إذا تزوّجَتْ بجَدِّ الصّبيِّ أو الأُمّ تزوّجَتْ بعَمِّ الصّبيِّ أنّه لا يَلْحقُه الجفاءُ منهما لوجودِ المانِعِ من ذلك وهو القرابةُ الباعِثةُ على الشّفَقةِ.

ولو مات عنها زوجُها أو أبانَها عادَ حقُّها في الحضانةِ؛ لأنّ المانِعَ قد زالَ فيَزولُ المنعُ ويَعودُ حقُّها وتكونُ هي أولى مِمّنْ هي أبْعَدُ منها كما كانت.

ومنها: عَدَمُ رِدّتِها حتّى لو ارْتَدّتْ عن الإسلامِ بَطَلَ حقُّها في الحضانةِ؛ لأنّ المُرْتَدّةَ تُحْبَسُ فيتضَرّرُ به الصّبيُّ، ولو تابَتْ وأسلَمَتْ يَعودُ حقُّها لزوالِ المانِعِ، وسُئِلَ محمّدٌ عن النِّساءِ إذا اجتَمعنَ ولهُنّ أزْواجٌ؟ قال: يَضَعُه القاضي حيثُ شاء؛ لأنّه لا حقّ لهُنّ فصار كمَنْ لا قَرابةَ له.

ومنها: أنْ تكونَ حُرّةً فلا حقّ للأمةِ وأُمِّ الولدِ في حَضانةِ الولدِ الحُرِّ؛ لأنّ الحضانةَ ضَرْبٌ من الوِلايةِ وهما ليستا من أهلِ الوِلايةِ فأمّا إذا أُعْتِقَتا فهما في الحضانةِ كالحُرّةِ؛ لأنّهما استَفادَتا الوِلايةَ بالعتقِ.

---

(١) زاد في المخطوط: «عن».

(٢) حسن: رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث (٢٢٧٦)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٢٥)، حديث (٢٨٣٠)، وانظر: التلخيص الحبير (٤/ ١٠، ١١)، حديث (١٦٦٨)، ونصب الراية (٣/ ٢٦٥)، والإرواء (٢١٨٧).

(٣) ليست في المخطوط.

وأهلُ الذِّمّةِ في هذه الحضانةِ بمنزلةِ أهلِ الإسلامِ؛ لأنّ هذا الحقّ إنّما يَثْبُتُ نَظَرًا للصّغيرِ وإنّه لا يختلِفُ بالإسلامِ والكُفْرِ، وكذا اتّحادُ الدّينِ ليس بشرطٍ لثُبوتِ هذا الحقّ حتّى لو كانتِ الحاضِنةُ كِتابيّةً والولدُ مسلمٌ كانت في الحضانةِ كالمسلمةِ [1]، كذا ذُكِرَ في الأصلِ لما قُلْنا، وكان أبو بَكرٍ [أحمَدُ بنُ عَليٍّ] [2] الرّازيّ [٢/ ١٥١ب] يقولُ: إنّها أحقُّ بالصّغيرِ والصّغيرةِ حتّى يعقِلا فإذا عَقَلا سَقَطَ حقُّها؛ لأنّها تُعَوِّدُهما أخلاقَ الكفرةِ وفيه ضَرَرٌ عليهما، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

فَصْلٌ [في وقت الحضانة من قبل النساء]

وأمّا وقتُ الحضانةِ التي من قِبَلِ النِّساءِ فالأُمُّ والجدّتانِ أحقُّ بالغُلامِ [3] حتّى يَسْتَغْنيَ عنهُنّ فيأكلَ وحْدَه ويشربَ وحْدَه ويَلْبَسَ وحْدَه كذا ذُكِرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وذَكَرَ أبو داوُد ابنُ رَشيدٍ عن محمّدٍ ويتوَضّأُ وحْدَه يُريدُ به الاستِنْجاءَ أي ويَسْتَنْجي وحْدَه ولم يُقَدِّرْ في ذلك تقديرًا وذَكَرَ الخصّافُ سَبْعَ سِنينَ أو ثَمانِ سِنينَ أو نحوَ ذلك .

وأمّا الجاريةُ: فهي أحقُّ بها حتّى تَحيضَ كذا ذُكِرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

وحَكَى هِشامٌ عن محمّدٍ حتّى تَبْلُغَ أو تَشْتَهي . وإنّما اختلف حُكمُ الغُلامِ والجاريةِ؛ لأنّ القياسَ أنْ تَتَوَقّتَ الحضانةُ بالبُلوغِ في الغُلامِ والجاريةِ جميعًا؛ لأنّها ضَرْبُ وِلايةٍ ولأنّها ثَبَتَتْ للأُمِّ فلا تَنْتَهي إلاّ بالبُلوغِ كوِلايةِ الأب في المالِ إلاّ أنّا تَركنا القياسَ في الغُلامِ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم لما رَوَيْنا أنّ أبا بَكرٍ الصِّدّيقَ رضي الله عنه قضَى بعاصِمِ ابنِ عُمَرَ لأُمِّه ما لم يَشِبّ عاصِمٌ أو تَتزوّجْ أُمُّه وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ من الصّحابةِ، فتَرَكنا القياسَ في الغُلامِ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فبقيَ الحُكمُ في الجاريةِ على أصلِ القياسِ؛ ولأنّ الغُلامَ إذا استَغْنَى يَحْتاجُ إلى التّأديب والتّخَلُّقِ بأخلاقِ الرِّجالِ وتَحْصيلِ أنواعِ الفضائلِ واكتِساب أسبابِ العُلومِ والأبُ على ذلك أقوَمُ وأقدَرُ مع ما أنّه لو تُرِكَ [4] في يَدِها لَتَخَلّقَ بأخلاقِ النِّساءِ وتَعَوّدَ بشَمائلِهِنّ وفيه ضَرَرٌ، وهذا المعنى لا يوجدُ في الجاريةِ فتُتْرَكُ في يَدِ الأُمِّ بل

---

(١) في المخطوط: «كالمسلم».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالصغير».
(٤) في المخطوط: «بقى».

تَمسُّ الحاجةُ إلى التّرْكِ في يَدِها إلى وقتِ البُلوغِ لحاجَتِها إلى تَعَلُّم آداب النِّساءِ والتّخَلّقِ بأخلاقِهِنّ وخدمةِ البيتِ ولا يَحْصُلُ ذلك إلاّ وأنْ تكونَ عندَ الأمِّ ثُمّ بعدَ ما حاضَتْ أو بَلَغَتْ عندَ الأمِّ حَدّ الشّهوةِ تَقَعُ الحاجةُ إلى حِمايَتِها وصيانَتِها وحِفْظها عَمّنْ يَطْمَعُ فيها لكَوْنِها لَحمًا على وضَمٍ فلا بُدّ مِمّنْ يَذُبُّ عنها والرِّجالُ على ذلك أقدَرُ .

وأمّا غيرُ هؤلاء من ذَواتِ الرّحِمِ المحرَمِ من الأخَواتِ والخالاتِ والعمّاتِ إذا كان الصّغيرُ عندَهُنّ فالحُكمُ في الجاريةِ كالحُكمِ في الغُلامِ وهو أنّها تُتْرَكُ في أيديهِنّ إلى أنْ تَأكُلَ وحْدَها وتَشْرَبَ وحْدَها وتَلْبَسَ وحْدَها ثُمّ تُسَلّمَ إلى الأب وإنّما كان كذلك؛ لأنّها وإنْ كانت تحتاجُ بعدَ الاستِغْناءِ إلى تَعَلُّم آداب النِّساءِ لكنْ في تَأديبها استخدامُها وولايةُ الاستخدامِ غيرُ ثابتةٍ لغيرِ الأمّهاتِ من الأخَواتِ والخالاتِ والعمّاتِ فتُسَلِّمُها إلى الأب احتِرازًا عن الوُقوعِ في المعصيةِ .

وأمّا التي للرجالِ، فأمّا وقتُها فما: بعدَ الاستِغْناءِ في الغُلامِ إلى وقتِ البُلوغِ وبعدَ الحيضِ في الجاريةِ إذا كانت عندَ الأمِّ أو الجدّتَيْنِ، (وإنْ كانا) [1] عندَ غيرِهِنّ، فما بعدَ الاستِغْناءِ فيهما جميعًا إلى وقتِ البُلوغِ لما ذَكَرْنا من المعنى، وإنّما تَوَقّتَ [2] هذا الحقُّ إلى وقتِ بُلوغِ الصّغيرِ والصّغيرةِ؛ لأنّ وِلايةَ الرِّجالِ على الصِّغارِ والصّغائرِ تَزولُ بالبُلوغِ [كولايةِ المالِ] [3] غيرَ أنّ الغُلامَ إذا كان غيرَ مأمونٍ عليه فللأب أنْ يَضُمّه إلى نفسِه ولا يُخَلّيَ سبيلَه (كيْ لا) [4] يَكتَسِبَ شيئًا عليه وليس عليه نفقَتُه إلاّ أنْ يتطَوّعَ فأمّا إذا بَلَغَ عاقِلاً واجتَمع رأيُه واستَغْنَى عن الأب وهو مأمونٌ عليه؛ فلا حقّ للأب في إمساكِه كما ليس له أنْ يمْنَعَه من مالِه فيُخَلّيَ سبيلَه فيَذْهَبَ حيثُ شاء والجاريةُ إنْ كانت ثَيِّبًا وهي غيرُ مأمونةٍ على نفسِها لا يُخَلّي سبيلَها ويَضُمّها إلى نفسِه، وإنْ كانت مأمونةً على نفسِها؛ فلا حقّ له فيها ويُخَلّي سبيلَها وتُتْرَكُ حيثُ أحبّتْ، وإنْ كانت بكرًا لا يُخَلّي سبيلَها، وإنْ كانت ثيبًا [5] مأمونةً على نفسِها؛ لأنّها مَطْمَعٌ لكُلِّ طامِعٍ، ولم تختَبرِ الرِّجالَ فلا يُؤْمَنُ عليها الخِداعُ .

---

(١) في المخطوط: «وإذا كانت».

(٢) في المخطوط: «يُوَقَّتُ».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «لئلا».

(٥) زاد في المخطوط: «ثيبًا».

وأمّا شرطُها، فمن شرائطِها: العُصوبة فلا تَثْبُتُ إلاّ للعَصَبةِ من الرِّجالِ ويتقدّمُ الأقرَبُ فالأقرَبُ الأبُ ثُمّ الجدُّ أبوه وإنْ عَلا ثُمّ الأخُ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ الأخُ لأبٍ ثُمّ ابنُ الأخِ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ ابنُ الأخِ لأبٍ ثُمّ العمُّ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ العمُّ لأبٍ ثُمّ ابنُ العمِّ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ ابنُ العمِّ لأبٍ، إنْ كان الصّبيُّ غُلامًا وإنْ كانت جاريةً فلا تُسَلّمُ إليه؛ لأنّه ليس بمحرَمٍ منها (١)؛ لأنّه يجوزُ له نِكاحُها فلا يُؤْتمَنُ عليها.

وأمّا الغُلامُ فإنّه عَصَبةٌ وأحقُّ به مِمّنْ هو أبْعَدُ منه ثُمّ عَمُّ الأب لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ عَمُّ الأب لأبٍ ثُمّ عَمُّ الجدِّ لأبٍ وأُمٍّ ثُمّ عَمُّ الجدِّ لأبٍ.

ولو كان لها ثلاثةُ إخوةٍ كُلُّهم على دَرَجةٍ واحدةٍ بأنْ كانوا كُلُّهم لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ، أو ثلاثةُ أعمامٍ كُلُّهم على دَرَجةٍ واحدةٍ، فأفْضَلُهم صَلاحًا ووَرَعًا أولى، فإنْ كانوا في ذلك سَواءً؛ فأكبَرُهم سِنًّا أولى بالحضانةِ فإنْ لم يكنْ للجاريةِ من عَصَباتِها غيرُ ابنِ العمِّ اختارَ لها القاضي أفْضَلَ [٢/ ١٥٢أ] المواضِعِ؛ لأنّ الوِلايةَ في هذه الحالةِ إليه فيُراعي الأصلَحَ [فإنْ رَآه أصلَحَ ضَمّها إليه وإلاّ فيَضَعْها عندَ امرأةٍ مسلمةٍ أمينةٍ] (٢).

وكُلُّ ذَكَرٍ من قِبَلِ النِّساءِ فلا حقّ له في الولدِ مثلُ الأخِ لأُمٍّ والخالِ وأبِ الأُمِّ لانعِدامِ العُصوبةِ.

وقال محمّدٌ: إنْ كان للجاريةِ ابنُ عَمٍّ وخالٌ وكِلاهما لا بَأسَ به في دينِه؛ جَعَلَها القاضي عندَ الخالِ؛ لأنّه محرَمٌ وابنُ العمِّ ليس بمحرَمٍ فكان المحرَمُ أولى والأخُ من الأب أحقُّ من الخالِ؛ لأنّه عَصَبةٌ وهو أيضًا أقرَبُ؛ لأنّه من أولادِ الأب والخالُ من أولادِ الجدِّ.

وذَكَرَ الحسَنُ بنُ زيادٍ أنّ الصّبيّ إذا لم يكنْ له قَرابةٌ من قِبَلِ النِّساءِ فالعمُّ أولى به من الخالِ وأبِ الأُمِّ؛ لأنّه عَصَبتُه والأخُ لأبٍ أولى من العمِّ وكذلك ابنُ الأخِ؛ لأنّه أقرَبُ فإنْ لم تَكُنْ له قَرابةٌ أشفَقُ من جِهةِ أبيه من الرِّجالِ والنِّساءِ فإنّ الأُمّ أولى من الخالِ والأخِ لأُمٍّ؛ لأنّ لها وِلادًا وهي أشفَقُ مِمّنْ لا وِلادَ له من ذَوي الأرحامِ.

ومنها: إذا (كان الصّغيرُ) (٣) جاريةً أنْ تكونَ عَصَبتُها مِمّنْ يُؤْتَمَنُ عليها فإنْ كان لا

---

(١) في المخطوط: «لها».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «كانت الصغيرة».

يُؤْتَمَنُ لفِسْقِه ولِخيانَتِه لم يكنْ له فيها حقٌّ ؛ لأنّ في كفالَتِه لها ضَرَرًا عليها وهذه وِلايةُ نَظَرٍ فلا تَثْبُتُ مع الضّرَرِ حتّى لو كانتِ الإخوةُ والأعمامُ غيرَ مأمونينَ على نفسِها ومالِها لا تُسَلّمُ إليهم، ويَنْظُرُ القاضي (امرأةً من المسلمينَ) [١] ثِقةً عَدْلةً أمينةً فيُسَلِّمُها إليها إلى أنْ تَبْلُغَ، فتُتْرَكَ حيثُ شاءتْ وإنْ كانت بكرًا .

ومنها: اتّحادُ الدّينِ، فلا حقّ للعصبة [٢] في الصّبيِّ إلاّ أنْ يكونَ على دينِه، كذا ذَكَرَ محمّدٌ وقال: هذا قولُ أبي حنيفةَ وقياسُه؛ لأنّ هذا الحقّ لا يَثْبُتُ إلاّ للعَصَبةِ واختلافُ الدّينِ يمْنَعُ التّعْصيبَ .

وقد قالوا في الأخَوَيْنِ إذا كان أحدُهما مسلمًا والآخَرُ يَهوديًا والصّبيُّ يَهوديٌّ: إنّ اليهوديّ أولى به؛ لأنّه عَصَبةٌ لا المسلمَ، واللّه عَزّ وجَلّ الموفِّقُ .

وَلا خيارَ للغُلامِ والجاريةِ إذا اختلف الأبَوانِ فيهما قبل البُلوغِ عندَنا [٣] وقال الشّافعيّ: يُخَيّرُ الغُلامُ إذا عَقَلَ التّخْييرَ [٤] .

واحتَجّ بما رُوِيَ عن أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه: أنّ امرأةً أتَتْ رسول اللّه ﷺ فقالت: إنّ زوجي يُريدُ أنْ يَنْتَزِعَ ابنه منّي [وإنّه قد نَفَعَني وسَقاني من بئْرِ أبي عِنَبةَ فقال: «اسْتَهِمَا عَلَيْهِ» فقال الرّجُلُ: مَنْ يُشاقُّني في ابني] [٥] فقال النّبيُّ ﷺ للغُلام: «اخْتَرْ أَيَّهُمَا شِئْت» فاختارَ أُمّه فأعطاها إيّاه [٦] ولأنّ في هذا نَظَرٌ للصّغيرِ؛ لأنّه يَحْتاجُ الأشفَقَ .

ولنا: ما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال للأُمِّ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» [٧] ولم يُخَيِّرْ؛ ولأنّ تخييرَ الصّبيِّ ليس بحِكمةٍ؛ لأنّه لغَلَبةِ هَواه يميلُ إلى اللّذّةِ الحاضِرةِ من الفراغِ والكسَلِ

---

(١) في المخطوط: «من المسلمين امرأة». (٢) في المطبوع: «للعصبية»

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٣٧)، الاختيار (٤/ ١٤، ١٥)، فتح القدير (٤/ ٣٧١).

(٤) مذهب الشافعية: أنه إذا صار الصغير مميزًا، خير بين الأبوين إذا افترقا، ويكون عند من اختاره منهما وسواء في التخيير الابن والبنت، انظر: الوجيز (٢/ ١١٨)، المنهاج ص ١٢١، روضة الطالبين (٩/ ١٠٣)، الغاية القصوى (٢/ ٨٧٩).

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) صحيح: رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، حديث (٢٢٧٧)، والترمذي، حديث (١٣٥٧)، والنسائي، حديث (٣٤٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود.

(٧) سبق تخريجه.

والهَرَب من الكُتّاب وتَعَلُّمِ آداب النّفسِ ومَعالِمِ الدّينِ فيَخْتارُ شرّ الأبَوَيْنِ وهو الذي يُهْمِلُه ولا يُؤَدِّبُه .

وأمّا حَديثُ أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه فالمُرادُ منه التّخْييرُ في حقِّ البالِغِ ؛ لأنّها قالت : نَفَعَني وسَقاني من بئرِ أبي عِنَبَةَ ، ومعنى قولِها : نَفَعَني أي : كسب عَلَيّ والبالِغُ هو الذي يقدِرُ على الكسْب وقد قِيلَ : إنّ بئرَ أبي عِنَبَةَ بالمدينةِ لا يُمْكِنُ الصّغيرُ الاستِقاءَ منه فدَلّ على أنّ المُرادَ منه التّخْييرُ في حقِّ البالِغِ ونحنُ به نَقولُ : إنّ الصّبيّ إذا بَلَغَ يُخَيّرُ .

والدّليلُ عليه ما رُوِيَ عن عُمارةَ بنِ رَبيعةَ المخْزوميِّ أنّه قال : غَزا أبي [نحو] [1] البحْرَيْنِ ، فقُتِلَ ، فجاءَ عَمّي ليَذْهَبَ بي فخاصَمَتْه أُمّي إلى عَليِّ بنِ أبي طالبٍ رضي الله عنه ومَعي أخٌ لي صَغيرٌ ، فخَيّرَني عَليٌّ رضي الله عنه ثلاثًا ، فاختَرْت أُمّي ، فأبَى عَمّي أنْ يَرْضَى ، فوَكَزَه عَليٌّ رضي الله عنه بيَدِه وضَرَبَه بدِرّتِه وقال : لو بَلَغَ هذا الصّبيُّ أيضًا خُيِّرَ [2] ، فهذا يَدُلُّ على أنّ التّخْييرَ لا يكونُ إلاّ بعدَ البُلوغِ .

فصْلٌ [في مكان الحضانة]

وأمّا بيانُ مَكانِ الحضانةِ فمَكانُ الحضانةِ مَكانُ الزّوجَيْنِ إذا كانتِ الزّوجيّةُ بينهما قائمةً حتّى لو أرادَ الزّوجُ أنْ يَخْرُجَ من البلَدِ وأرادَ أنْ يأخُذَ ولدَه الصّغيرَ مِمّنْ له الحضانةُ من النّساءِ له ذلك حتّى يَسْتَغْنيَ عنها لما ذَكَرْنا أنّها أحقُّ بالحضانةِ [3] منه ، فلا يملِكُ انتِزاعَه من يَدِها لما فيه من إبْطال حقِّها فضْلاً عن الإخراجِ من البلَدِ وإنْ أرادَتِ المرأةُ أنْ تخرُجَ من المِصْرِ الذي هي فيه إلى غيرِه فلِلزّوجِ أنْ يمْنَعَها من الخُروجِ سَواءٌ كان معها ولدٌ أو لم يكنْ ؛ لأنّ عليها المُقامَ في بيتِ زوجِها ، وكذلك إذا كانت مُعْتَدّةً لا يجوزُ لها الخُروجُ مع الولدِ وبدونِه ولا يجوزُ للزّوجِ إخراجُها لقولِه عَزّ وجَلّ : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق:١] .

وأمّا إذا كانت مُنْقضيةَ العِدّةِ فأرادَتْ أنْ تخرُجَ بوَلَدِها من البلَدِ الذي هي فيه إلى بَلَدٍ

---

(١) زاد في المخطوط : «نحو» .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ١٨٠)، حديث (٢٢٤) .

(٣) في المخطوط : «بحضانته» .

[آخر] [1] فهذا على أقسام: إنْ أرادَتْ [٢/ ١٥٢ب] (أنْ تخرُجَ) [2] إلى بَلَدِها وقد وقَعَ النِّكاحُ فيه فلَها ذلك، مثلُ أنْ تزوّجَ كوفيّةً بالكوفةِ ثُمّ نَقَلَها إلى الشّامِ فوَلَدَتْ أولادًا ثُمّ وقَعَتِ الفُرْقةُ بينهما وانقضَتِ العِدّةُ فأرادَتْ أنْ تَنْقُلَ أولادَها إلى الكوفةِ فلَها ذلك؛ لأنّ المانِعَ هو ضَرَرُ التّفريقِ بينه وبين ولدِه وقد رَضِيَ به لوجودِ دَليلِ الرِّضا وهو التّزوُّجُ بها في بَلَدِها؛ لأنّ مَنْ تزوّجَ امرأةً في بَلَدِها فالظّاهرُ أنّه يُقيمُ فيه والولدُ من ثَمراتِ النّكاحِ فكان راضيًا بحَضانةِ الولدِ في ذلك فكان راضيًا بالتّفريقِ إلاّ أنّ النّكاحَ ما دامَ قائمًا يَلْزَمُها اتّباعُ الزّوجِ فإذا زالَ فقد زالَ المانِعُ وإنْ وقَعَ النِّكاحُ في (غيرِ بَلَدِها) [3] لم يكنْ لها أنْ تَنْتَقِلَ بوَلَدِها إلى بَلَدِها بأنْ تزوّجَ امرأةً كوفيّةً بالشّامِ فوَقَعَتِ الفُرْقةُ فأرادَتْ أنْ تَنْقُلَ ولدَها [4] إلى الكوفةِ لم يكنْ لها ذلك؛ لأنّه إذا لم يقعِ النّكاحُ في بَلَدِها لم توجَدْ دَلالةُ الرِّضا بالمُقامِ في بَلَدِها فلم يكنْ راضيًا [بحَضانةِ الولدِ فيه فلم يكنْ راضيًا] [5] بضَرَرِ التّفريقِ، ولو أرادَتْ أنْ تَنْقُلَ الولدَ إلى بَلَدٍ ليس ذلك ببَلَدِها ولكنْ وقَعَ النّكاحُ فيه كما إذا تزوّجَ كوفيّةً بالشّامِ فنقَلَها إلى البصْرةِ فوَقَعَتِ الفُرْقةُ بينهما فأرادَتْ أنْ (تَنْتَقِلَ بأولادِها) [6] إلى الشّامِ ليس لها ذلك كذا ذُكِرَ في الأصلِ؛ لأنّ ذلك البلَدَ الذي وقَعَ فيه النّكاحُ ليس ببَلَدِها ولا بَلَدِ الزّوجِ بل هو دارُ غرْبةٍ لها كالبلَدِ الذي فيه الزّوجُ فلم يكنِ النّكاحُ فيه دَليلَ الرِّضا بالمُقامِ فيه فلم يكنْ راضيًا بحَضانةِ الولدِ الذي هو من ثَمراتِ النّكاحِ فيه، فلم يكنْ راضيًا بضَرَرِ التّفريقِ فاعتبَرَ في الأصلِ شرطَيْنِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ البلَدُ الذي تُريدُ أنْ تَنْقُلَ إليه الولدَ بَلَدَها.

والثّاني: وُقوعُ النّكاحِ فيه فما لم يوجدا لا يَثْبُتُ لها وِلايةُ النّقْلِ. ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّ لها ذلك واعتبَرَ مَكانَ العقدِ فقَطْ، وإليه أشارَ محمّدٌ في الجامِعِ الصّغيرِ فقال: وإنّما أنْظُرُ في هذا إلى عُقْدةِ النّكاحِ أينَ وقَعَتْ؟ وهكذا اعتبَرَ الطّحاويُّ والخصّافُ اتّباعًا لقولِ محمّدٍ في الجامِعِ وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ محمّدًا وإنْ أجمَلَ المسألةَ في الجامِعِ فقد فصّلَها في الأصلِ على الوجه الذي وصَفْنا، والمُجْمَلُ يُحمَلُ على المُفسّرِ، وقد يكونُ المُفسّرُ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الخروج».
(٣) في المخطوط: «غيرها».
(٤) في المخطوط: «غيرها».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «تنقل أولادها».

بيانًا للمُجْمَلِ كالنّصّ المُجْمَلِ من الكِتاب والسُّنّةِ إذا لَحِقَ به التّفسيرُ أنّه يصيرُ مُفَسّرًا من الأصلِ كذا هذا، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

هذا إذا كانتِ المسافةُ بين البلَدَيْنِ بَعيدةً، فإنْ كانت قَريبةً بحيثُ يقدِرُ الأبُ أنْ يَزورَ ولدَه [١] ويَعودَ إلى منزلِه قبل الليلِ فلَها ذلك؛ لأنّه لا يَلْحقُ الأبَ كبيرُ ضَرَرٍ بالنّقْلِ (بمنزلةِ النّقْلِ) [٢] إلى أطْرافِ البلَدِ.

وأمّا أهلُ السّوادِ فالحُكمُ في السّوادِ كالحُكمِ في المِصْرِ في جميعِ الفُصولِ إلاّ في فصلٍ واحدٍ. وبيانُه: أنّ النّكاحَ إذا وقَعَ في الرُّسْتاقِ فأرادَتِ المرأةُ أنْ تَنْقُلَ الصّبيّ إلى قَرْيَتِها فإنْ كان أصلُ النّكاحِ وقَعَ فيها؛ فلَها ذلك كما في المِصْرِ لما قُلْنا.

وإنْ كان وقَعَ في غيرِها فليس لها نَقْلُه إلى قَرْيَتِها ولا إلى القريةِ التي وقَعَ فيها النّكاحُ إذا كانت بَعيدةً لما ذَكَرْنا في المِصْرِ وإنْ كانت [قَريبةً] [٣] - على التّفسيرِ الذي ذَكَرْنا - فلَها ذلك كما في المِصْرِ وإنْ كان الأبُ مُتَوَطِّنًا في المِصْرِ فأرادَتْ نَقْلَ الولدِ إلى القريةِ فإنْ كان تزوّجَها فيها وهي قَرْيَتُها فلَها ذلك وإنْ كانت بَعيدةً عن المِصْرِ لما ذَكَرْنا في المِصْرِ وإنْ لم تَكُنْ تلك قَرْيتها فإنْ كانت قَرْيته [٤] ووَقَعَ فيها أصلُ النّكاحِ، فلَها ذلك كما في المِصْرِ، وإنْ كان لم يقعِ النّكاحُ فيها فليس لها ذلك.

وإنْ كانت قَريبةً من المِصْرِ بخلافِ المِصْرَيْنِ؛ لأنّ أخلاقَ أهلِ السّوادِ لا تكونُ مثلَ أخلاقِ أهلِ المِصْرِ بل تكونُ أجفَى فيتخَلّقُ الصّبيُّ بأخلاقِهم فيتضَرّرُ به ولم يوجدْ من الأب دَليلُ الرِّضا بهذا الضّرَرِ؛ إذْ لم يقعْ أصلُ النّكاحِ في القريةِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وليس للمرأةِ أنْ تَنْقُلَ ولدَها إلى دارِ الحرْب وإنْ كان قد تزوّجَها هناك وكانت حَرْبيّةً بعدَ أنْ يكونَ زوجُها مسلمًا أو ذِمّيًا؛ لأنّ في ذلك إضْرارًا بالصّبيّ؛ لأنّه يتخَلّقُ بأخلاقِ الكفَرةِ فيتضَرّرُ به وإنْ كان كِلاهما حَرْبِيّيْنِ فلَها ذلك؛ لأنّ الصّبيّ تبَعٌ لهما وهما من أهلِ دارِ الحرْب، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ وهو الموَفِّقُ.

* * *

(١) في المخطوط: «الولد».
(٢) في المخطوط: «كالنقل».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «قريبة».



كتاب الإعتاق



كِتَابُ الإعتَاقِ [١] [٢]

الكلامُ في هذا الكِتاب في الأصلِ في مواضِعَ: في بيانِ أنواعِ الإعتاقِ وفي بيانِ رُكنِ الإعتاقِ، وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ، وفي بيانِ صِفةِ الإعتاقِ، وفي بيانِ حُكمِ الإعتاقِ، وفي بيانِ وقتِ ثُبوتِ حُكمِه، وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به الإعتاقُ.

أمّا الأوّلُ: فالإعتاقُ في القِسمةِ الأولى ينقَسِمُ إلى أربعةِ أقسامٍ:

واجِبٌ، ومَنْدوبٌ إليه، ومُباحٌ، ومحظورٌ.

أمّا الواجِبُ [١٥٣/٢]: فالإعتاقُ في: كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ واليمينِ والإفطارِ إلاّ أنّه في باب القتلِ والظِّهارِ والإفطارِ واجِبٌ على التّعْيينِ [عندَ القُدْرةِ عليه وفي اليمينِ واجِبٌ على التّخْييرِ] [٣] قال اللّه تعالى في كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء:٩٢] وفي كفّارةِ اليمينِ: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة:٨٩] وإنّه أمرٌ بصيغةِ المصْدَرِ كقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد:٤] وقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] ونحوِ ذلك.

وقال النّبيُّ ﷺ في كفّارةِ الإفطارِ: «أَعْتِقْ رَقَبَةً» [٤].

وأمّا المندوبُ إليه: فهو الإعتاقُ لوَجْه اللّه تعالى من غيرِ إيجابٍ؛ لأنّ الشّرعَ نَدَبَ إلى ذلك لما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ قال: «أَيُّمَا مُؤْمِنٍ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا فِي الدُّنْيَا أَعْتَقَ اللَّهُ تَعَالَى بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ» [٥].

---

(١) في المخطوط: «العتاق».

(٢) العتق لغة: خلاف الرق - وهو الحرية، وعتق العبد يعتق عَتقا وعِتقا، وأعتقته فهو عتيق، ولا يقال: عتق السيد عبده، بل أعتق. ومن معانيه: الخُلُوص. وسمي البيت الحرام: البيت العتيق، لخلوصه من أيدي الجبابرة فلم يملكه جبار.

واصطلاحا: هو تحرير الرقبة وتخليصها من الرق. انظر الموسوعة الفقهية (٢٩/ ٢٦٤).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) سبق تخريجه في كتاب الصيام.

(٥) رواه البخاري، كتاب العتق، باب: في العتق وفضله، حديث (٢٥١٧)، ومسلم، كتاب العتق، باب فضل العتق، حديث (١٥٠٩)، وأبو داود، حديث (٣٩٦٤)، والترمذي، حديث (١٥٤٧)، والنسائي، حديث (٣١٤٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٧١)، حديث (٢١٠٩٥)، والطبراني في ....=

وعن واثِلةَ بنِ الأسقَعِ قال: أتَيْنا رسول اللّه ﷺ في صاحِبٍ لَنا قد أوجَبَ فقال ﷺ: «أَعْتِقُوا عَنهُ يُعْتِقْ اللَّهُ تَعَالَى بِكُلِّ عُضْوٍ مِنهُ عُضْوًا مِنهُ مِنَ النَّارِ» (١) .

وعن أبي (٢) نَجيحِ السُّلَميُّ قال: كُنّا مع رسولِ اللّه ﷺ بالطّائفِ فسَمِعْته يقولُ: «مَنْ رَمَى بِسَهْمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَهُ دَرَجَةٌ فِي الْجَنَّةِ وَمَنْ شَابَ شَيْبَةً فِي الْإِسْلَامِ كَانَتْ لَهُ نُورًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَيُّمَا رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا كَانَ بِهِ وِقَاءُ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِ مُحَرَّرِهِ مِنَ النَّارِ وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ أَعْتَقَتْ امْرَأَةً مُسْلِمَةً كَانَ بِهَا وِقَاءُ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِ مُحَرَّرَتِهَا مِنَ النَّارِ» (٣) .

وعن البراءِ بنِ عازِبٍ قال: جاءَ أعرابيٌّ إلى النّبيِّ ﷺ فقال: يا رسول اللّه عَلِّمْني عَمَلاً يُدْخِلُني الجنّةَ فقال ﷺ: «أَعْتِقْ النَّسَمَةَ وَفُكَّ الرَّقَبَةَ» فقال (٤): أوَ لَيْسا واحدًا؟ فقال ﷺ: «لَا، عِتْقُ النَّسَمَةِ أَنْ تَنْفَرِدَ بِعِتْقِهَا، وَفَكُّ الرَّقَبَةِ أَنْ تُعِينَ فِي إِفْكَاكِهَا (٥)» [وفي بعضِ الرّواياتِ: «أَنْ تُعِينَ فِي ثَمَنِهَا» (٦)].

وأمّا المُباحُ: فهو الإعتاقُ من غيرِ نيّةٍ لوجودِ معنى الإباحةِ فيه وهي تخييرُ العاقِلِ بين تَحْصيلِ الفعلِ وتَرْكِه شرعًا.

وأمّا المحظورُ: فهو أنْ يقول لعبدِه: أنتَ حُرٌّ لوَجْه الشّيطانِ ويقعُ العتقُ لوجودِ رُكنِ الإعتاقِ وشرطِه، وقولُه لوَجْه الشّيطانِ لبيانِ الغرَضِ ونُقَسِّمُه أيضًا أقسامًا أُخرَ نَذْكُرُها في مواضِعِها إنْ شاء اللّه تعالى .

=الأوسط (٧/ ٢٨، ٢٩)، حديث (٦٧٥٤).

(١) ضعيف: رواه أبو داود، كتاب العتق، باب: في ثواب العتق، حديث (٣٩٦٤)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ١٤٥)، حديث (٤٣٠٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٣٠)، حديث (٢٨٤٣)، والطبراني في الأوسط (٣/ ٢٩٠)، حديث (٣١٨١)، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٩٢٩)، والسلسلة الضعيفة (٩٠٧).

(٢) في المخطوط: «ابن».

(٣) صحيح: رواه أبو داود، كتاب العتق، باب: أي الرقاب أفضل، حديث (٣٩٦٥)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ١٤٧)، حديث (٤٣٠٩)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٦٩)، حديث (٤٨٧٩)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٧٢)، حديث (٢١١٠٠)، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٢٧٢٦).

(٤) في المخطوط: «قال».

(٥) في المخطوط: «نكاحها».

(٦) صحيح: رواه أحمد، برقم (١٨١٧٣)، والدارقطني (٢/ ١٣٥)، حديث (١)، وابن حبان (٢/ ٩٨)، حديث (٣٧٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٧٢)، حديث (٢١١٠٢)، والطيالسي في مسنده ص (١٠٠)، حديث (٧٣٩)، والبخاري في الأدب المفرد، ص (٣٨)، حديث (٦٩)، وصححه الألباني في الأدب المفرد، وصحيح الترغيب (٩٥١).

فَصْلٌ [في ركن الإعتاق]

وأما رُكنُ الإعتاقِ فهو: اللّفْظُ الذي جُعِلَ دَلالةً على العتقِ في الجملةِ أو ما يقومُ مقامَ اللّفْظِ فيُحْتاجُ [فيه] إلى بيانِ الألفاظِ التي يَثْبُتُ بها العتقُ في الجملةِ إمّا مع النّيّةِ أو [1] بدونِ النّيّةِ، وإلى بيانِ ما [يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق، وإلى بيان ما] [2] لا يَثْبُتُ به العتقُ من الألفاظِ رأسًا.

أمّا الأوّلُ: فالألفاظُ التي يَثْبُتُ بها العتقُ في الجملةِ فتَنْقَسِمُ ثلاثةَ أقسامٍ: صَريحٌ، ومُلْحقٌ بالصّريحِ، وكِنايةٌ.

أمّا الصريحُ: فهو اللّفْظُ المُشْتَقُّ من العتقِ أو الحُرّيّةِ أو الولاءِ نحوُ قولِه: أعتقتُك أو حَرّرْتُك أو أنتَ عَتيقٌ أو مُعْتَقٌ أو أنتَ مولايَ؛ لأنّ الصّريحَ في اللُّغةِ اسمٌ لما هو ظاهرُ المعنى مَكشوفُ المُرادِ عندَ السّامعِ وهذه الألفاظُ بهذه الصّفةِ، أمّا لفظُ العتقِ والحُرّيّةِ فلا شَكّ فيه؛ لأنّه لا يُسْتعملُ إلاّ في العتقِ فكان ظاهرَ المُرادِ عندَ السّامعِ فكان صَريحًا فلا يَفْتقِرُ إلى النّيّةِ كصَريحِ الطّلاقِ؛ إذِ النّيّةُ لتعيينِ المُحْتَمَلِ.

وأمّا لفظُ الولاءِ: فالولاء [3] وإنْ كان من الألفاظِ المُشْتَرَكةِ في الأصلِ لوُقوعِه على مُسَمّياتٍ مُخْتَلِفةِ الحُدودِ والحقائقِ بمنزلةِ اسم العيْنِ والقُرْءِ وغيرِهما. فإنّه يقعُ على النّاصِرِ قال اللّه تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] ويقعُ على ابنِ العمِّ قال اللّه تبارَكَ وتعالى خَبرًا عن نَبيِّه زَكريّا عليه الصلاة والسلام: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥] ويقعُ على المُعْتِقِ والمُعْتَقِ لكنْ ههنا لا يحتملُ معنى النّاصِرِ؛ لأنّ المولى لا يَسْتَنْصِرُ بعبدِه ولا ابنَ العمِّ إذا كان العبدُ معروفَ النّسَب ولا المُعْتَقِ إذِ العبدُ لا يُعْتِقُ مولاه فتَعَيّنَ المُعْتِقُ مُرادًا به، و[اللّفْظُ] المُشْتَرَكُ يتعَيّنُ بعضَ الوجوه التي [4] يحتملُه مُرادُه [5] بدَليلٍ مُعَيّنٍ فكان صَريحًا في العتقِ فلا يَحْتاجُ إلى النّيّةِ كقولِه أنتَ حُرٌّ أو عَتيقٌ وكذا إذا ذَكَرَ هذه الألفاظَ بصيغةِ النّداءِ بأنْ قال يا حُرُّ يا عَتيقُ يا

---

(١) في المخطوط: «وإما».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «فالمولىء».
(٤) في المطبوع: «الذي».
(٥) في المخطوط: «مرادًا».

مُعْتَقٌ؛ لأنّه ناداه بما هو صَريحٌ في الدّلالةِ على العتقِ لكَوْنِ اللّفْظِ موضوعًا للعِتْقِ والحُرّيّةِ ولا يُعْتَبَرُ المعنى بالموضوعاتِ [١]، فيَثْبُتُ العتقُ من غيرِ نيّةٍ كقولِه: أنتَ حُرٌّ أو عَتيقٌ أو مُعْتَقٌ.

وذَكَرَ محمّدٌ أنّه لو كان اسمُ العبدِ حُرًّا وعُرِفَ بذلك الاسمِ فقال له: يا حُرُّ لا يعتِقُ؛ لأنّه إذا كان مُسَمًّى بذلك الاسمِ معروفًا به لنِدائه يُحمَلُ على الاسمِ العلَمِ لا على الصِّفةِ [فلا يعتِقُ] وكذا إذا قال له: يا مولايَ؛ يعتِقُ عليه عندَ أصحابنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: لا يعتِقُ من غيرِ نيّةٍ.

وجه قولِه ان قوله: يا مولايَ يحتملُ التّعْظيمَ [٢] [٢/ ١٥٣ب] ويحتملُ العتقَ [٣]، فلا يُحمَلُ على التّحْقيقِ إلاّ بالنّيّةِ كقولِه: يا سَيِّدي ويا مالِكي.

ولنا: أنّ (النِّداءَ للعبدِ) [٤] باسمِ المولى لا يُرادُ به (التّعْظيمُ للعبدِ) [٥] وإكرامُه عادةً وإنّما يُرادُ به الإعتاقُ فيُحمَلُ عليه كأنْ [٦] قال [له] [٧]: أنتَ مولايَ، ولو قال ذلك؛ يعتِقُ عليه كذا هذا بخلافِ قولِه: يا سَيِّدي ويا مالِكي، لأنّ هذا قد يُذْكَرُ على وجه التّعْظيمِ والإكرامِ فلا يَثْبُتُ به العتقُ من غيرِ قَرينةٍ وعَلّلَ محمّدٌ لهذا فقال: لأنّا إنّما أعتقناه في قولِه: يا مولايَ لأجلِ الولاءِ لا لأجلِ الملكِ، ومعناه ما ذَكَرْنا، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَلو قال في شيءٍ من هذه الألفاظِ من قولِه: أعتقتُك أو [٨] نحوِه؛ عَنَيْت به الخبرَ كذِبًا لا يُصَدّقُ في القضاءِ لعُدولِه عن الظّاهرِ؛ لأنّه يُسْتعملُ في إنْشاءِ العتقِ في عُرْفِ اللُّغةِ والشّرعِ كما يُسْتعملُ في الإخبارِ فإنّ العرَبَ قبل وُرودِ الشّرعِ كانوا يُعْتِقونَ عَبيدَهم بهذه الصّيغةِ وفي الحمْلِ على الخبرِ حَمْلٌ على الكذِب، وظاهرُ حالِ العاقِلِ بخلافِه فلا يُصَدّقُ في القضاءِ كما لو قال لامرأتِه: طَلّقْتُك ونَوَى به الإخبارَ كذِبًا [لا يُصَدّقُ في القضاءِ] ويُصَدّقُ به فيما بينه وبين اللّه عَزّ وجَلّ؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه كلامُه؛ لأنّه يحتملُ الإخبارَ وإنْ كان إرادَتُه [٩] الخبرَ خلافَ الظّاهرِ.

---

(١) في المخطوط: «في الموضوعات».
(٢) في المخطوط: «التعطف».
(٣) في المخطوط: «التحقيق».
(٤) في المخطوط: «نداء العبد».
(٥) في المخطوط: «تعطف العبد».
(٦) في المخطوط: «كأنه».
(٧) زاد في المخطوط: «له».
(٨) في المخطوط: «و».
(٩) في المخطوط: «إرادة».

ولو قال: عَنَيْت به أنّه كان خبَرًا فإنْ كان موكّدًا لا يُصَدّقُ أصلاً؛ لأنّه كذِبٌ محضٌ وإنْ كان إنْشاءً لا يُصَدّقُ قضاءً؛ لأنّ الظّاهرَ إرادةُ الإنْشاءِ من هذه الألفاظِ فلا يُصَدّقُ في العُدولِ عن الظّاهرِ ويُصَدّقُ ديانةً؛ لأنّ اللّفْظَ يحتملُ الإخبارَ عن الماضي.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ من عَمَلِ كذا أو أنتَ حُرٌّ اليومَ من هذا العمَلِ عَتَقَ في القضاءِ؛ لأنّ العتقَ بالنِّسْبةِ إلى الأعمالِ والأزمانِ [١] لا يتجزّأُ لاستِحالةِ أنْ يعتِقَ اليومَ ويُسْتَرَقّ [٢] غدًا أو يعتِقَ في عَمَلٍ ويُرَقّ في عَمَلٍ، فكان الإعتاقُ في [٣] عَمَلٍ دونَ عَمَلٍ وفي زَمانٍ دونَ زَمانٍ إعتاقًا من الأعمالِ كُلِّها، وفي الأزمانِ بأسرِها فإذا نَوَى بعضَ الأعمالِ والأزمانِ فقد نَوَى خلافَ الظّاهرِ فلا يُصَدِّقُه القاضي، وكذا إذا قال: أنتَ مولايَ، وقال: عَنَيْت به الموالاةَ في الدّينِ، لا يُصَدّقُ [٤] في القضاءِ؛ لأنّه خلافُ الظّاهرِ؛ إذْ هو يُسْتعملُ لوَلاءِ العتقِ ظاهرًا ويُصَدّقُ ديانةً؛ لأنّ اللّفْظَ يحتملُ ما نَوَى.

ولو قال: ما أنتَ إلاّ حُرٌّ عَتَقَ؛ لأنّ قوله: ما أنتَ إلاّ حُرٌّ آكَدُ من قولِه: أنتَ حُرٌّ؛ لأنّه إثباتٌ بعدَ النّفيِ كقولِنا: لا إلَهَ إلاّ اللّه.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ لوَجْه اللّه تعالى عَتَقَ؛ لأنّ اللاّمَ في قولِه لوَجْه اللّه تعالى لامُ الغرَضِ فقد نَجّزَ الحُرّيّةَ وبيّنَ أنّ غَرَضَه من التّحريرِ وجه اللّه عَزّ وجَلّ، وكذا لو [٥] قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ لوَجْه الشّيطانِ؛ عَتَقَ ذكَرَه محمّدٌ في الأصلِ؛ لأنّه أعتقَه بقولِه أنت حُرٌّ وبيّنَ غَرَضَه الفاسِدَ من الإعتاقِ فلا يقدَحُ في العتقِ، ولو دَعا عبدَه سالِمًا فقال: يا سالِمُ فأجابَه مرزوقٌ فقال: أنتَ حُرٌّ ولا نيّةَ له عَتَقَ الذي أجابَه؛ لأنّ قولَه أنتَ حُرٌّ خِطابٌ والمُتكَلِّمُ أولى بصَرْفِ الخِطاب إليه من السّاكِتِ.

ولو قال: عَنَيْت سالِمًا عَتَقا في القضاءِ أمّا مرزوقٌ فلأنّ الإشارةَ مَصْروفةٌ إليه لما بيّنّا [٦] فلا يُصَدّقُ في أنّه ما عَناه. وأمّا سالِمٌ فبإقرارِه وأمّا فيما بينه وبين اللّه تعالى فإنّما يعتِقُ الذي عَناه خاصّةً؛ لأنّ اللّهَ تعالى يَطّلِعُ [٧] على سِرِّه، ولو قال: يا سالِمُ أنتَ حُرٌّ، فإذا هو عبدٌ آخَرُ له أو لغيرِه عَتَقَ سالِمٌ؛ لأنّه لا مُخاطَبَ ههنا إلاّ سالِمٌ فيُصْرَفُ قولُه أنتَ

(١) في المخطوط: «والأعمال».
(٢) في المخطوط: «ويرق».
(٣) في المخطوط: «من».
(٤) في المخطوط: «يدين».
(٥) في المخطوط: «من».
(٦) في المخطوط: «قلنا».
(٧) في المخطوط: «مطلع».

حُرٌّ إليه، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَأمّا الذي هو مُلحقٌ بالصريحِ فهو: أنْ يقول لعبدِه: وهَبْت لَك نفسَك أو وهَبْت نفسَك منك أو بعْت نفسَك منك ويعتِقُ سَواءٌ قَبلَ أو لم يقبل نَوَى أو لم يَنْوِ؛ لأنّ الإيجابَ من الواهب أو البائعِ إزالةُ الملكِ من الموهوب أو المبيعِ وإنّما الحاجةُ إلى القبولِ من الموهوب له والمُشْتَري لثُبوتِ الملكِ لهما، وههنا لا يَثْبُتُ [الملك] [١] للعبدِ في نفسِه؛ لأنّه لا يصْلُحُ مَمْلوكًا لنفسِه فتَبْقَى الهِبةُ، والبيعُ إزالةُ الملكِ عن الرّقيقِ لا إلى أحدٍ وهذا [هو] [٢] معنى الإعتاقِ ولهذا لا يَفْتَقِرُ إلى القبولِ فلا يَحْتاجُ إلى النّيّةِ أيضًا؛ لأنّ اللّفْظَ صَريحٌ في الدّلالةِ على زوالِ الملكِ عن الموهوب والمبيعِ [٣]، والإعتاقُ إزالةُ الملكِ وقد قال أبو حنيفةَ: إذا قال لعبدِه: وهَبْت لَك نفسَك وقال: أَرَدْت وهَبْت له عِتْقَه أي: لا أعتِقُه لم [٤] يُصَدّقْ في القضاءِ؛ لأنّ الهِبةَ وُضِعَتْ لإزالةِ الملكِ عن الموهوب وهِبةُ العتقِ استِبْقاءُ الملكِ على الموهوب فقد عَدَلَ عن ظاهرِ الكلامِ فلا يُصَدّقُ في القضاءِ ويُصَدّقُ فيما بينه وبين اللّه عَزّ وجَلّ؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه كلامُه .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ فيمَنْ قال لعبدِه: أنتَ [٢/ ١٥٤أ] مولى فُلانٍ أو عَتيقُ فُلانٍ أنه يعتِقُ في القضاءِ؛ لأنّه أخبرَ أنّه مُعْتَقُ فُلانٍ ولا يكونُ مُعْتَقَ فُلانٍ إلاّ وأنْ يكونَ مَملوكًا لفُلانٍ فأعتَقَه فإنْ [قال] [٥]: أعتَقَك فُلانٌ، فليس بشيءٍ؛ لأنّ قوله: أعتَقَك فُلانٌ، يحتملُ أنّه أرادَ [به] [٦] أنّ فُلانًا أنْشَأ العتقَ فيك ولا يكونُ ذلك إلاّ بعدَ الملكِ ويحتملُ أنّه أرادَ به أنّه قال لَك للحالِ: أنتَ حُرٌّ ولا ملكَ له فيه فلا يعتِقُ بالشّكِّ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَمن هذا القبيلِ إذا اشترى أباه أو أُمّه أو ابنَه عَتَقَ عليه، نَوَى أو لم يَنْوِ عندَ عامّةِ العلماءِ؛ لأنّ شراءَه جُعِلَ إعتاقًا شرعًا حتّى تَتَأدّى به الكفّارةُ إذا (اشترى أباه) [٧] ناويًا عن الكفّارةِ في قولِ أصحابنا الثّلاثةِ [٨] . . . .

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «والبيع».
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «اشتراه».
(٨) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص ٥٣٩)، الاختيار (٤/ ٢١)، البناية (٥/ ٥٩٠، ٥٩١)، حاشية رد المحتار (٣/ ٦٤٩).

خلافًا لزُفَرَ والشّافعيِّ [(١)]، وعندَ [(٢)] مالِكٍ: لا يعتِقُ إلاّ بإعتاقٍ مُبْتَدَإٍ [(٣)].

والأصلُ: أنّ كُلَّ مَنْ يملِكُ [(٤)] ذا رَحِمٍ محرَمٍ منه بالشِّراءِ [أو بقَبولِ الهِبةِ] [(٥)] أو الصّدَقةِ أو الوصيّةِ أو بالإرثِ يعتِقُ عليه.

وقال مالِكٌ: لا يعتِقُ ما لم يُعْتِقْه.

وقال الشّافعيُّ: لا يعتِقُ بالملكِ إلاّ مَنْ له أولادٌ فأمّا مَنْ لا أولادَ له فلا يعتِقُ إلاّ بإعتاقٍ مُبْتَدَإٍ.

أمّا مالِكٌ: فإنّه احتجّ بما رَوَى أبو داوُد في سُنَنِه بإسنادِه عن أبي هُرَيْرةَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ عن وَالِدَهُ إلّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ» [(٦)] حقّقَ [ﷺ] [(٧)] الإعتاقَ عَقيبَ الشِّراءِ، ولو كان الشِّراءُ نفسُه إعتاقًا لم يتحقّقِ الإعتاقُ عَقيبَه؛ لأنّ إعتاقَ المُعْتَقِ لا يُتَصَوّرُ فدَلّ أنّ شراءَ القريبِ ليس بإعتاقٍ ولأنّ الشِّراءَ إثباتُ الملكِ والإعتاقُ إزالةُ الملكِ وبينهما مُنافاةٌ فكيف يكونُ اللّفْظُ الواحدُ إثباتًا وإزالةً.

ولنا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» [(٨)].

---

(١) مذهب الشافعية: أن من ملك أباه، أو أمه، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم أو ملك من أولاده وإن سفلوا عتق عليه، انظر: الأم (٨/ ١٤)، الحاوي (٢٢/ ٨١، ٨٢)، الوسيط (٧/ ٤٧٠)، الوجيز (٢/ ٢٧٥، ٢٧٦)، الروضة (١٢/ ١٣٣)، مغني المحتاج (٤/ ٤٩٩).

(٢) في المخطوط: «وقال».

(٣) في بيان مذهب المالكية يقول سحنون: قلت: فإن اشترى أباه أو ولده أو ولد ولده أو أحدًا من أجداده أيجزئ أحدٌ من هؤلاء في الكفارة؟ قال: سألت مالكًا عنه فقال: لا يجزئ في الكفارة أحد ممن يَعتِقُ عليه إذا ملكه من ذوي القرابة؛ لأنه إذا اشتراه لا يقع له عليه مِلْك إنما يَعتِق باشترائه إياه» انظر: المدونة (١/ ٥٩٦-٥٩٧)، التاج والإكليل (٥/ ٤٤٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٤٨)، حاشية العدوي (٢/ ٢٦)، منح الجليل (٤/ ٢٥٠).

(٤) في المخطوط: «مالك». (٥) ليست في المخطوط.

(٦) رواه مسلم، كتاب العتق، باب: فضل عتق الولد، حديث (١٥١٠)، وأبو داود، حديث (٥١٣٧)، والترمذي، حديث (١٩٠٦)، وابن ماجه، حديث (٣٦٥٩)، والبخاري في الأدب المفرد ص (١٧)، حديث (١٠)، وابن حبان في صحيحه (٢/ ١٦٧)، حديث (٤٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٨٩)، حديث (٢١٢٠٣)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٧٣)، حديث (٤٨٩٦)، والطبراني في الأوسط (٣/ ٢٨١)، حديث (٣١٥٠).

(٧) ليست في المخطوط.

(٨) صحيح: رواه أبو داود، كتاب العتق، باب: فيمن ملك ذا رحم محرم، حديث (٣٩٤٩)، . .=

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما قال: جاءَ رجلٌ إلى النّبيِّ ﷺ فقال: يا رسول اللّه إنّي دخلت السّوقَ فوَجَدْت أخي يُباعُ فاشتريْته وأنا أُريدُ أنْ أُعْتِقَه فقال له ﷺ: «إنَّ اللّهَ تَعالَى قَدْ أَعْتَقَهُ»[١]، والحديثانِ حُجّةٌ على مالِكٍ والشّافعيِّ ومعنى قولِ النّبيِّ ﷺ في حَديثِ أبي هُرَيْرةَ «فَتُعْتِقَهُ» أي: تُعْتِقَه بالشِّراءِ يُحمَلُ على هذا عَمَلاً بالأحاديثِ كُلِّها صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وأمّا قولُه: الشِّراءُ إثباتُ الملكِ والإعتاقُ إزالةُ الملكِ، فنَعَم ولكنّ، المُمْتَنَعَ إثباتُ حُكمٍ وضِدِّه[٢] بلفظٍ واحدٍ، في زَمانٍ واحدٍ وأمّا في زَمانَيْنِ فلا؛ لأنّ عِلَلَ الشّرعِ في الحقيقةِ دَلائلُ وأعلامٌ على المحكوماتِ الشّرعيّةِ فيجوزُ أنْ يكونَ لفظُ[٣] الشِّراءِ السّابقِ عَلَمًا على ثُبوتِ الملكِ في الزّمانِ الأوّلِ وذلك اللّفْظُ بعَيْنِه عَلَمًا على ثُبوتِ العتقِ في الزّمانِ الثّاني؛ إذْ لا تَنافيَ عندَ اختلافِ الزّمانِ.

وأمّا الكلامُ مع الشّافعيِّ فمبنيٌّ على أنّ القرابةَ المُحَرِّمةَ للنّكاحِ فيما سِوَى الوِلادِ وهي قَرابةُ الأُخوّةِ والعُمومةِ والخُؤولةِ حَرامَ القطْعِ عندَنا[٤] وعندَه لا يَحْرُمُ قَطْعُها، وعلى هذا يُبنَى[٥] وجوبُ القطْعِ بالسّرِقةِ ووجوبُ النّفَقةِ في هذه القرابةِ أنّه لا يقطَعُ ويجبُ النّفَقةُ عندَنا[٦] خلافًا له[٧] [ولا خلافَ][٨] في أنّ قَرابةَ الوِلادِ حَرامُ القطْعِ ولا خلافَ أيضًا

=والترمذي، حديث (١٣٦٥)، وابن ماجه، حديث (٢٥٢٤)، والطيالسي في مسنده ص (١٢٣)، حديث (٩١٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٠)، حديث (٢٣٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٨٩)، حديث (٢١٢٠٥)، والدارقطني في سننه (٣/ ٤٤)، حديث (١٨٤)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٧٣)، حديث (٤٨٩٦)، والطبراني في الأوسط (٢/ ١١٨)، حديث (١٤٣٨)، وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٢١٢)، حديث (٢١٤٩)، ونصب الراية (٣/ ٢٧٨)، وصحيح الجامع (٦٥٥٧).

(١) ضعيف جدًا: رواه الدارقطني (٤/ ١٢٩)، حديث (١٥)، وقال: العرزمي تركه ابن المبارك، ويحيى القطان وابن مهدي، وأبو النضر هو محمد بن السائب الكلبي المتروك أيضًا، هو القائل: كل ما حدثت عن أبي صالح: كذب. ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٢١٢١٠).

(٢) في المخطوط: «واحد». (٣) في المخطوط: «بلفظ».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٣/ ٢١٧).

(٥) في المخطوط: «ينبني».

(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٢٢٧)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩٣)، مجمع الأنهر (١/ ٥٠٠).

(٧) مذهب الشافعية: «أنه ينفق على ولده وولد ولده وآبائه كما وصفت، ولا ينفق على أحد أقربائه غيرهم لا أخ ولا عم ولا خال ولا على عمه ولا على ابن من رضاعة ولا على أب منها...». انظر الأم (٥/ ٩٧)، أسنى المطالب (٣/ ٤٤٢-٤٤٣)، تحفة المحتاج (٨/ ٣٤٥-٣٤٦). نهاية المحتاج (٧/ ٢١٨-٢١٩).

(٨) ليست في المخطوط.

في أنّ القرابةَ التي لا تُحَرِّمُ النّكاحَ كقَرابةِ بَني الأعمامِ غيرُ مُحَرِّمةِ القطْعِ فالشّافعيُّ يُلْحِقُ هذه القرابةَ بقَرابةِ بَني الأعمامِ ونحنُ نُلْحِقُها بقَرابةِ الوِلادِ.

وجه قولِه: أنّ العتقَ إنّما يَثْبُتُ بالقرابةِ لكَوْنِ العتقِ صِلةً وكَوْنِ القرابةِ مُسْتَدْعيةً للصِّلةِ، والإحسانُ إلى القريب والعتقُ من أعلى الصِّلاتِ فلا يَثْبُتُ إلاّ بأعلى القراباتِ وهي قَرابةُ الوِلادِ لما فيها من الجزئيّةِ والبعضيّةِ ولا [1] يوجدُ ذلك في هذه القرابةِ، فلا يُلْحقُ بها بل يُلْحقُ بالقرابةِ البعيدةِ وهي قَرابةُ بَني الأعمامِ ولهذا أُلْحِقَ بها في كثيرٍ من الأحْكامِ وهي جَرَيانُ القِصاصِ في النّفسِ والطّرَفِ وقَبولُ الشّهادةِ والحبْسُ بالدّيْنِ وجَوازُ الاستِئْجارِ ونِكاحُ الحليلةِ وعَدَمُ التّكاتُب.

ولنا: أنّ قَرابةَ الوِلادِ إنّما أوجَبَتِ العتقَ عندَ الملكِ لكَوْنِها مُحَرّمةَ القطْعِ وإبْقاءُ الملكِ في القريب يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ؛ لأنّ الملكَ نفسَه من باب الذُّلِّ والهَوانِ فيورِثُ وحْشةً وإنّها توجِبُ التّباعُدَ بين القريبينَ وهو تَفْسيرُ قَطيعةِ الرّحِمِ وشرعُ السّبَب المُفْضي إلى القطْعِ مع تَحْريمِ القطْعِ مُتَناقِضٌ فلا يَبْقَى الملكُ دَفْعًا للتّناقُضِ فلا يَبْقَى الرِّقُّ ضَرورةً؛ لأنّه لم يُشْرَعْ بقاؤه في المسلمِ والذِّمّيِّ إلاّ لأجلِ الملكِ المُحْتَرَمِ للمالِكِ المعصومِ وإذا زالَ الرِّقُّ ثَبَتَ العتقُ ضَرورةً، والقرابةُ المُحَرِّمةُ للنّكاحِ مُحَرّمةُ القطْعِ؛ لأنّ النُّصوصَ المُقْتَضيةَ لحُرْمةِ قَطْعِ الرّحِمِ عامّةٌ أو مُطْلَقةٌ قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ [٢/ ١٥٤ب] وَالْأَرْحَامَ﴾ [النساء:١] معناه: واتّقوا اللّهَ الذي تَساءَلونَ به فلا تعصوه واتّقوا الأرحامَ فلا تقطَعوها ويحتملُ أنْ يكونَ معناه واتّقوا اللّهَ وصِلوا الأرحامَ وقد رُوِيَ في الأخبارِ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «صِلُوا الأَرْحَامَ فَإِنَّهُ أَبْقَى لَكُمْ فِي الدُّنْيَا وَخَيرٌ لَكُمْ فِي الآخِرَةِ» [2] [والأمرُ بالوصْلِ يكونُ نَهْيًا عن القطْعِ؛ لأنّه ضِدُّه] [3] والأمرُ بالفعلِ نَهْيٌ عن ضِدِّه.

ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «الرَّحِمُ شُجْنَةٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى مُعَلَّقَةٌ بِالْعَرْشِ تَقُولُ يَا رَبِّ هَذَا مَقَامُ الْعَائِذِ بِكَ قُطِعْتُ وَلَمْ أُوصَلْ فَيَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَمَا يَكْفِيك أَنِّي شَقَقْت لَك اسْمًا مِنَ اسْمِي أَنَا الرَّحْمَنُ

---

(١) في المخطوط: «ولم».
(٢) رواه الطبري في تفسيره (٤/ ٢٢٧).
(٣) ليست في المخطوط.

وَأَنْتِ الرَّحِمُ فَمَنْ وَصَلَكَ وَصَلْته وَمِنْ قَطَعَكَ بَتَتُّهُ» [١] ومثلُ هذا الوعيدِ لا يكونُ إلاّ بارْتِكاب المُحَرّمِ فدلّ أنّ قَطْعَ الرّحِمِ حَرامٌ.

والرّحِمُ: هو القرابةُ سُمّيَتِ القرابةُ رَحِمًا إمّا باعتِبارِ أنّ الرّحِمَ مُشْتَقٌّ من الرّحمةِ كما جاءَ في الحديثِ والقرابةُ سببُ الرّحمةِ والشّفَقةِ على القريب طَبْعًا، وإمّا باعتِبارِ [أن] [٢] العُضْوَ المخْصوصَ من النّساءِ المُسَمّى بالرّحِمِ مَحَلُّ السّبَب الذي يتعلّقُ به وجودُ القراباتِ فكان كُلُّ قَرابةٍ أو مُطْلَقُ القرابةِ مُحَرّمةَ القطْعِ بظاهِرِ النُّصوصِ إلاّ ما خُصّ أو قُيِّدَ بدَليلٍ ثُمّ نُخْرِجُ الأحْكامَ، أمّا جَرَيانُ القِصاصِ فلا يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ؛ لأنّ القِصاصَ جَزاءُ الفعلِ، وجَزاءُ الفعلِ يُضافُ إلى الفاعِلِ فكان الأخُ القاتِلُ أو القاطِعُ هو (قاطَعَ الرّحِمِ) [٣] فكأنّه قَتَلَ نفسَه أو قَطَعَ طرَفَه باختيارِه، وكذا الحبْسُ بالدّيْنِ؛ لأنّه جَزاءُ المطْلِ الذي هو جِنايةٌ فكان مُضافًا إليه.

وأمّا الإجارةُ فهي: عقدُ مُعاوَضةٍ وهو تمليكُ المنفَعةِ بالمالِ وأنّه حَصَلَ باختيارِه فلا يُفْضي إلى (قطع الرحم) [٤] إلاّ أنّه لا يجوزُ استِئْجارُ الأب ابنَه في الخدمةِ التي يَحْتاجُ إليها الأبُ لا لأنّه يُفْضي إلى قَطيعةِ [٥] الرّحِمِ بل لأنّ ذلك يُسْتَحقُّ على الابنِ شرعًا فلا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقّ (الأجرَ في مُقابَلَتِه) [٦] فلا يدخلُ في العقدِ، ولو استأجَرَ الابنُ أباه يصحُّ ولكنْ يُفْسَخُ احتِرامًا للأب ونحنُ نُسَلِّمُ أنّ للأب زيادةَ احتِرامٍ شرعًا يَظْهَرُ في حقِّ هذا وفي حقِّ القِصاصِ والحبْسِ، ولا كلامَ فيه.

وأمّا نِكاحُ الحليلةِ: فإنّه وإنْ كان فيه نوعُ غَضاضةٍ لكنّ هذا النّوعَ من الغضاضةِ غيرُ

---

(١) لم أجده هكذا: وأخرج البخاري، كتاب الأدب، باب: من وصل وصله الله، حديث (٥٩٨٨) من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الرحم شجنة من الرحمن فقال الله: من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته» وأخرج أيضًا، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ﴾ [محمد :٢٢]، حديث (٤٨٣٢)، ومسلم، كتاب البر والصلة، باب: صلة الرحم وتحريم قطعها، حديث (٢٥٥٤)، من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الله خلق الخلق حتى إذا فرغ منهم قامت الرحم فقالت: هذا مقام العائذ من القطيعة. قال: نعم أما ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ قالت: بلى. قال: فذاك لك. ثم قال رسول الله ﷺ: «اقرءوا إن شئتم: ﴿فَهَلۡ عَسَيۡتُمۡ إِن تَوَلَّيۡتُمۡ أَن تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ﴾ [محمد :٢٢] الآية.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «القاطع للرحم».

(٤) في المطبوع: «القطع».

(٥) في المخطوط: «قطع».

(٦) في المخطوط: «بمقابلته».

مُعْتَبَرٍ في تَحْريم القطْعِ فلأنّ (١) الجمْعَ بين الأُخْتَيْنِ حُرِّمَ للصّيانةِ عن قَطيعةِ الرّحِمِ ثُمّ يجوزُ نِكاحُ الأُخْتِ بعدَ طلاقِ أُخْتِها وانقِضاءِ عِدّتِها وإنْ كان لا يَخْلو عن نوعِ غَضاضةٍ.

وأمّا التّكاتُبُ (٢): فعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يتكاتَبُ الأخُ كما في قَرابةِ الوِلادِ وعن أبي حنيفةَ فيه رِوايَتانِ، ثُمّ نَقولُ عَدَمُ تَكاتُب الأخِ لا يُفْضي إلى قَطيعةِ الرّحِمِ؛ لأنّ ملكَه لا يصْلُحُ للتّكاتُب؛ لأنّه من باب الصِّلةِ والتّبرُّعِ وملكُ المُكاتَب ملكٌ ضَروريٌّ لا يَظْهَرُ في حقِّ التّبرُّعِ والعتقِ فإذا لم يُتكاتَبْ عليه لم يقدِرِ الأخُ على إزالةِ الذُّلِّ عنه وهو الملكُ؛ فلا يُفْضي إلى الغضاضةِ بخلافِ الولدِ (٣)؛ لأنّ ملكَ المُكاتَب وإنْ كان ضَروريًا لم يُشْرَعْ إلاّ في حقِّ حُرّيّةِ نفسِه لكنّ حُرّيّةَ أبيه وابنِه في معنى حُرّيّةِ نفسِه؛ لأنّ المرءَ يَسْعَى لحُرّيّةِ أولادِه وآبائه مثلَ ما يَسْعَى لحُرّيّةِ نفسِه فهو الفرقُ والله عزّ وجَلّ أعلَمُ.

وسَواءٌ كان المالِكُ لذي الرّحِمِ المحرَمِ بالِغًا أو صَبيًّا عاقِلاً أو مجنونًا يعتِقُ عليه إذا مَلَكَه لعُموم قولِه ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» (٤) ولأنّه عَلّقَ الحُكمَ وهو الحُرّيّةُ بالملكِ فيقتَضي أنّ كُلّ مَنْ كان من أهلِ الملكِ؛ كان من أهلِ هذا (٥) الحُكمِ والصّبيُّ والمجنونُ من أهلِ الملكِ فكانا من أهلِ هذا الحُكمِ.

فإنْ قِيلَ: إنّ الصّبيّ العاقِلَ إذا اشترى أباه يعتِقُ عليه وشراءُ القريب إعتاقٌ عندَ أصحابنا حتّى تَتأدّى به الكفّارةُ والصّبيُّ وإنْ كان عاقِلاً فليس من أهلِ الإعتاقِ فيَنْبَغي أنْ لا يعتِقَ أو لا يكونَ الشّراءُ إعتاقًا قِيلَ: إنّ كونَ شراءِ الأب (٦) إعتاقًا عَرَفْناه بالنّصِّ، وهو ما رَوَيْناه من حَديثِ أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه، والنّصُّ قابلٌ للتّخْصيصِ والتّقْييدِ، وقد قامَ الدّليلُ على أنّ الصّبيّ ليس بمُرادٍ؛ لأنّه ليس من أهلِ الإعتاقِ، فلا يكونُ الشّراءُ من الصّبيِّ وإنْ كان عاقِلاً إعتاقًا، بل يكونُ تمليكًا فقَطْ (٧) فيعتِقُ عليه بالملكِ شرعًا لقولِ النّبيِّ ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» لا بالإعتاقِ، وَلو مَلَكَ حَليلةَ ابنِه أو مَنْكوحةَ أبيه أو أُمّه من الرّضاعِ لا يعتِقُ عليه.

وكذا إذا مَلَكَ ابنَ العمّ أو العمّةِ أو ابنَتَها أو ابنَ الخالِ أو الخالةِ أو بنتَيْهما لا يعتِقُ؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «فإن».
(٢) في المخطوط: «المكاتب».
(٣) في المخطوط: «الولاد».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «ذلك».
(٦) في المخطوط: «القريب».
(٧) في المخطوط: «منهما».

شرطَ العتقِ [ملكُ] (١) ذي رَحِمٍ محرَمٍ فلا بُدّ من وجودِهما أعني الرّحِمَ المحرَمَ ففي الأوّلِ وُجِدَ المحرَمُ بلا رَحِمٍ وفي الثّاني [٢/ ١٥٥ب] وُجِدَ الرّحِمُ بلا محرَمٍ فلا يَثْبُتُ العتقُ وأهلُ الإسلامِ وأهلُ الذِّمّةِ في ذلك سَواءٌ لاستِوائهم في حُرْمةِ قَطْعِ الرّحِمِ وأهليّةِ الإعتاقِ وأهليّةِ الملكِ ولِعُمومِ قولِه ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ» (٢) ووَلاءُ المُعْتَقِ لمَنْ عَتَقَ عليه؛ لأنّ العتقَ إنْ وقَعَ بالشّراءِ فالشّراءُ إعتاقٌ.

وقد قال النّبيُّ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» (٣) وإنْ وقَعَ بالملكِ فالملك شرعًا فالملكُ للمُعْتَقِ عليه فكان الولاءُ له، وَلو اشترى أمةً وهي حُبْلى من أبيه والأمةُ لغيرِ الأب؛ جاز الشّراءُ وعَتَقَ ما في بَطْنِها ولا تعتِقُ الأمةُ، ولا يجوزُ بيعُها قبل أنْ تَضَعَ وله أنْ يَبيعَها إذا وضَعَتْ.

أمّا جَوازُ الشِّراءِ فلا شَكّ فيه؛ لأنّ شراءَ الأخِ جائزٌ كشراءِ الأب وسائرِ ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ.

وأمّا عِتْقُ الحمْلِ (٤)؛ فلأنّه أخوه، وقد مَلَكَه فيعتِقُ عليه ولا تعتِقُ الأُمُّ عليه؛ لأنّها أجنَبيّةٌ عنه لعَدَمِ القرابةِ بينهما؛ يُحقّقُه أنّه لو مَلَكَها أبوه لا تعتِقُ عليه فابنُه أولى.

وأمّا عَدَمُ جَوازِ بيعِها ما دامَ الحمْلُ قائمًا فلأنّ في بَطْنِها ولدًا حُرًّا ولأنّ بيعَ الحامِلِ بدونِ (٥) الحمْلِ لا يجوزُ.

ألا تَرَى أنّه لو باعَها واستَثْنَى الحمْلَ يَفْسُدُ البيعُ فإذا كان الولدُ حُرًّا والحُرُّ لا يكونُ مَحَلًّا للبيعِ يصيرُ (٦) كأنّه استَثْنَى الولدَ وإذا وضَعَتْ جاز بيعُها؛ لأنّ المانِعَ قد زالَ، وَإذا مَلَكَ شِقْصًا من ذي رَحِمٍ محرَمٍ منه عَتَقَ عليه قدرُ ما مَلَكَ في قولِ أبي حنيفةَ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ وزُفَرَ يعتِقُ كُلُّه كما لو (٧) أعتَقَ شِقْصًا من عبدٍ له أجنَبيٌّ؛ لأنّ العتقَ يتجزّأُ عندَه وعندَهم لا يتجَزّأُ.

ولو مَلَكَ رجلانِ ذا رَحِمٍ محرَمٍ من أحدِهما حتّى عَتَقَ عليه فهذا لا يَخْلو: إمّا إنْ مَلَكاه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «الجنين».
(٥) في المخطوط: «دون».
(٦) في المخطوط: «فيصير».
(٧) في المخطوط: «إذا».

بسببٍ لهما فيه صنع، وإمّا إنْ مَلَكاه بسببٍ لا صنع لهما فيه . فإنْ مَلَكاه بسببٍ لهما فيه صُنْعٌ بأنْ مَلَكاه بالشِّراءِ أو بقَبولِ الهِبةِ أو الصّدَقةِ أو الوصيّةِ لا يَضْمَنُ مَنْ عَتَقَ عليه لشريكِه شيئًا موسِرًا كان أو مُعْسِرًا في قولِ أبي حنيفةَ ولكنْ يَسْعَى له العبدُ في نصيبه وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يَضْمَنُ الذي عَتَقَ عليه نصيبَه إنْ كان موسِرًا.

وعلى هذا الخلافِ إذا باعَ رجلٌ نصفَ عبدِه من ذي رَحِمٍ محرَمٍ من عبدِه أو وَهَبَه له حتّى عَتَقَ عليه؛ لا يَضْمَنُ المُشْتَري نصيبَ البائعِ عندَ أبي حنيفةَ موسِرًا كان القريبُ أو مُعْسِرًا، ولكنْ يَسْعَى العبدُ في نصفِ قيمَتِه للبائعِ وعندَهما يَضْمَنُ إنْ كان موسِرًا وإنْ كان مُعْسِرًا يَسْعَى العبدُ .

وَلو قال الرّجُلُ لعبدٍ ليس بقَريبٍ له : إنْ مَلَكْتُهُ فهو حُرٌّ، ثُمّ اشتَراه الحالِفُ وغيرُه صَفْقةً واحدةً ذَكَرَ الجصّاصُ أنّه على هذا الخلافِ أنّه لا ضَمانَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ وعندَهما يَضْمَنُ وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّي لا أعرِفُ الرّوايةَ في هذه المسألةِ.

وأجمَعوا على أنّ العبدَ إذا كان بين اثنَيْنِ فباعَ أحدُهما نصيبَه من قَريب العبدِ حتّى عَتَقَ عليه أنّ المُشْتَريَ يَضْمَنُ نصيبَ الشّريكِ السّاكِتِ إنْ كان موسِرًا، ولا يَضْمَنُ البائعُ شيئًا.

والكلامُ في هذه المسائلِ [١] بناءً على أنّ الإعتاقَ يتجَزّأُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما: لا يتجَزّأُ، ووَجْه البناءِ على هذا الأصلِ أنّ الإعتاقَ لَمّا لم يكنْ مُتَجَزّئًا عندَهما وشراءُ القريب إعتاقٌ فكان شراءُ نصيبه إعتاقًا لنصيبه [٢] وإعتاقُ نصيبه إعتاقٌ لنصيب صاحِبه [فيعتِقُ كُلُّه] [٣] كالعبدِ المُشْتَرَكِ بين اثنَيْنِ أعتَقَه أحدُهما وهو موسِرٌ ولمّا كان مُتَجَزّئًا عندَه كان شراءُ نصيبه إعتاقًا لنصيبه خاصّةً، فلم يكنْ إفسادًا لنصيب شريكِه ولا تمليكًا (لنصيبه أيضًا) [٤]؛ لأنّ ذلك ثَبَتَ لضَرورةِ تكميلِ الإعتاقِ لضَرورةِ عَدَمِ التّجْزئةِ فإذا كان مُتَجَزّئًا عندَه فلا ضَرورةَ إلى التّكميلِ فلا حاجةَ إلى التّمْليكِ.

والدّليلُ عليه: أنّه (لا ضَمانَ) [٥] إذا كان مُعْسِرًا وضَمانُ الإتْلافِ والتّمْليكِ لا يَسْقُطُ بالإعسارِ وكان يَنْبَغي أنْ لا يجبَ الضّمانُ على الشّريكِ المُعْتِقِ إلاّ أنّا عَرَفْنا وجوبَ

---

(١) في المخطوط: «المسألة».
(٢) في المخطوط: «لنفسه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لنصيب شريكه».
(٥) في المخطوط: «لا يجب الضمان».

الضّمانِ ثَمّةَ مُخالِفًا للأُصولِ بالنّصِّ نَظَرًا للشّريكِ السّاكِتِ وهو مُسْتَحِقٌّ للنّظَرِ، إذْ لم يوجدْ منه الرِّضا بمُباشرةِ الإعتاقِ من الشّريكِ ولا بمُباشرةِ شرطِه وههنا وُجِدَ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ من المُشْتَرِيَيْنِ راضٍ بشراءِ صاحِبه وكيف لا يكونُ راضيًا به، وإنّ شراءَ كُلِّ واحدٍ منهما شرطٌ لصحّةِ شراءِ صاحِبه حتّى لو أوجَبَ البائعُ لهما فقَبلَ أحدُهما دونَ صاحِبه [1] لم يصحّ.

وكذا البائعُ نصفَ عبدِه من ذي رَحِمٍ محرَمٍ [منه] [2] راضٍ بشرائه، ومَنْ رَضِيَ بالضّرَرِ لا يُنْظَرُ له فلم تَكُنْ هذه المواضِعُ نَظيرَ المنصوصِ عليه فبقيَ الحُكمُ فيها على الأصلِ بخلافِ العبدِ المُشْتَرَكِ بين اثنَيْنِ باعَ أحدُهما نصيبَه من ذي رَحِمٍ محرَمٍ منه؛ لأنّ هناك لم يوجدْ دَليلُ الرِّضا من الشّريكِ السّاكِتِ بشراءِ القريب أصلاً حتّى يوجِبَ سُقوطَ حقِّه في الضّمانِ فكان في معنى المنصوصِ عليه [٢/ ١٥٥ب] فيَلْحقُ به ثُمّ وجه الكلامِ لأبي حنيفةَ على طريقِ الابتِداءِ أنّه وإنْ سَلّمَ أنّ شراءَ نصيبه إعتاقٌ لنصيبه وإفسادٌ لنصيب شريكِه لكنّ هذا إفسادٌ مرضيٌّ به من جِهةِ الشّريكِ؛ لأنّه رَضِيَ بشراءِ نفسِه وإثباتِ الملكِ له في نصيبه ولا يُمْكِنُه ذلك بدونِ شراءِ صاحِبه؛ لأنّ الخلافَ فيما إذا أوجَبَ البائعُ البيعَ لهما صَفْقةً واحدةً فلا بُدّ وأنْ يكونَ القبولُ موافِقًا للإيجاب؛ إذِ البائعُ ما رَضِيَ إلاّ به.

ألا تَرَى أنّه لو قال: بعْت منكُما فقَبلَ أحدُهما ولم يقبَلِ الآخَرُ؛ لم يصحّ البيعُ فكان الرِّضا بشراءِ نفسِه رِضًا بشراءِ صاحِبه فكان شراءُ القريب إفسادًا لنصيب الشّريكِ برِضا الشّريكِ فلا يوجِبَ الضّمانَ كما إذا كان العبدُ مُشْتَرَكًا بين اثنَيْنِ فقال أحدُهما لصاحِبه: أعتِقْ نصيبَك أو رَضيت بإعتاقِ نصيبك فأعتَقَ؛ لا يَضْمَنُ كذا هذا.

فإنْ قِيلَ: هذه النُّكتةُ لا تَتَمَشّى في الهِبةِ فإنّ أحدَهما إذا قَبلَ الهِبةَ دونَ الآخَرِ يَثْبُتُ له الملكُ فلم يكنِ الرِّضا بقَبولِ الهِبةِ في نصيبه رِضًا بقَبولِ صاحِبه فلم يكنْ هذا إفسادًا مرضيًّا به من جِهةِ الشّريكِ وكذا لا تَتَمَشّى فيما إذا لم يعلم الشّريكُ الأجنَبيُّ أنّ شريكَه قَريبُ العبدِ؛ لأنّه إذا لم يعلم به لم يعلم كونَ شراءِ الشّريكِ إعتاقًا لنصيبه فلا يعلَمُ كونَه إفسادًا لنصيب شريكِه فلا يَثْبُتُ رِضاه بالإفسادِ؛ لأنّ الرِّضا بالشّيءِ بدونِ العلم به مُحالٌ.

فالجوابُ: أنّ هذا من باب عَكسِ العِلّةِ؛ لأنّه أراه الحُكمَ مع عَدَمِ العِلّةِ وهذا تَفسيرُ

---

(١) في المخطوط: «الآخر».

(٢) زيادة من المخطوط.

العكسِ والعكسُ ليس بشرطٍ في العِلَلِ الشّرعيّةِ لجَوازِ أنْ يكونَ لحُكمٍ واحدٍ شرعيٍّ عِلَلٌ فنحنُ نَفَيْنا وجوبَ الضّمانِ في بعضِ الصّوَرِ بما ذَكَرْنا ونُبْقيه في غيرِه بعِلّةٍ أُخرى ثُمّ نَقولُ: أمّا فصلُ الهِبةِ فنَقولُ؛ كُلُّ واحدٍ منهما وإنْ لم يكنْ قَبولُه شرطَ صحّةِ قَبولِ الآخَرِ حتّى يَنْفَرِدَ كُلُّ واحدٍ منهما بالقبولِ لكنّهما إذا قَبِلا جميعًا كان قَبولُهما بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ؛ لأنّه جَوابُ إيجابٍ واحدٍ مِثالُه: إذا قرأ المُصَلّي آيةً واحدةً قصيرةً أو طَويلةً على الاختلافِ يتعَلّقُ به الجوازُ، ولو قرأ عشرَ آياتٍ أو أكثَرَ يتعَلّقُ الجوازُ بالكُلِّ ويُجْعَلُ الكُلُّ كآيةٍ واحدةٍ كذا هذا.

وأمّا فصلُ العلمِ فتخريجُه على جَوابِ ظاهرِ الرِّوايةِ وهو أنّ عند أبي حنيفةَ لا يجبُ الضّمانُ سَواءٌ عَلِمَ أو لم يعلم وعندَهما يجبُ عَلِمَ أو لم يعلم نصّ عليه في الجامعِ الصّغيرِ أمّا على أصلِهما فظاهرٌ؛ لأنّ الضّمانَ عندَهما يجبُ مع العلمِ فمع الجهْلِ أولى.

وأمّا على أصلِ أبي حنيفةَ فلأنّ سُقوطَ ضَمانِ الإتْلافِ عندَ الإذنِ والرِّضا به لا يَقِفُ على العلمِ فإنّ مَنْ قال لرجلٍ: كُلْ هذا الطّعامَ والآذِنُ لا يعلَمُ أنّه طعامُ نفسِه فأكله الرّجُلُ لا يَسْتَحِقُّ الضّمانَ عليه وإنْ لم يعلم به، وهذا لأنّ حقيقةَ العلمِ ليستْ بشرطٍ في بناءِ الأحْكامِ عليه، بَلِ المُعْتَبَرُ هو سببُ حُصولِ العلمِ والطّريقِ الموَصِّلِ إليه، ويُقامُ ذلك مقامَ حقيقةِ العلمِ كما يُقامُ سببُ القُدْرةِ مقامَ حقيقةِ القُدْرةِ، وطريقُ حُصولِ العلمِ ههنا في يَدِه وهو السُّؤالُ والفحْصُ عن حقيقةِ الحالِ، فإذا لم يفعلْ فقد قَصّرَ فلا يَسْتَحِقُّ الضّمانَ.

ورَوَى بِشْرٌ عن أبي يوسُفَ أنّه فصَلَ بين العلمِ والجهْلِ فقال: إنْ كان الأجنَبيُّ يعرِفُ ذلك فإنّ العبدَ يعتِقُ ويَسْعَى للأجنبيِّ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وإنْ كان لا يعلَمُ فهو بالخيارِ إنْ شاء نَقَضَ البيعَ وإنْ شاء تَمّ عليه وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ.

ووَجه هذه الروايةِ: أنّ الشّراءَ مع شرِكةِ الأب عَيْبٌ فكان بمنزلةِ سائرِ العُيوب، أنّه إنْ عَلِمَ به المُشْتَري يَلْزَمُه البيعُ كما في سائرِ العُيوب، وإنْ [1] لم يعلم به؛ لم يَلْزَمْه مع العيب، وإذا لم يَلْزَمْه العقدُ في حقِّ [أحدِ] [2] الشّريكَيْنِ لم يَلْزَم في حقِّ الآخَرِ فلا يعتِقُ العبدُ ويَثْبُتُ للمُشْتَري حقُّ الفسخِ.

---

(١) في المخطوط: «ولو».

(٢) ليست في المخطوط.

وَذَكَرَ في الجامِعِ الصّغيرِ: لو اشترى رجلٌ نصفَ عبدٍ ثُمّ اشترى أبَ العبدِ النِّصفَ الباقيَ وهو موسِرٌ فالمُشْتَري بالخيارِ بمنزلةِ عبدٍ بين اثنَيْنِ [١] أعتَقَه أحدُهما فالمُشْتَري بالخيارِ؛ لأنّه لم يوجدْ من المُشْتَري الأجنبيِّ ما هو دَليلُ الرِّضا في سُقوطِ الضّمانِ عن الأب فلا يَسْقُطُ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ: أنّه قال: لو أنّ عبدًا اشترى نفسَه هو وأجنَبيٌّ من مولاه فالبيعُ باطِلٌ في حِصّةِ الأجنَبيِّ؛ لأنّه اجتَمع العتقُ والبيعُ في عقدٍ واحدٍ في زَمانٍ واحدٍ؛ لأنّ بيعَ نفسِ العبدِ منه إعتاقٌ على مالٍ فلا يصحُّ البيعُ بخلافِ الرّجُلَيْنِ اشتريا ابنَ أحدِهما أنّه يصحُّ، وإنِ اجتَمع الشِّراءُ والعتقُ في عقدٍ واحدٍ؛ لأنّ شراءَ القريب تَمَلُّكٌ في الزّمانِ الأوّلِ وإعتاقٌ في الزّمانِ الثّاني، وإنّه جائزٌ لما بيّنّا.

ورُوِيَ عن [٢/ ١٥٦أ] أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا قال: إنْ مَلَكت من هذا العبدِ شيئًا [فهو حُرٌّ] [٢] ثُمّ اشتَراه الحالِفُ وأبوه صَفْقةً واحدةً عَتَقَ على الأب وهذا على أصلِه؛ لأنّ العتقَ عندَه لا يتجَزّأُ، وقد اجتَمع للعِتْقِ سببانِ: القرابةُ واليمينُ، إلاّ أنّ القرابةَ سابقةٌ على اليمينِ فإذا مَلَكاه صار كأنّ عِتْقَ الأب أسبقُ فيعتِقُ النّصيبانِ عليه، ولهذا قال في رجلٍ قال: إنِ اشتريْت فُلانًا أو بعضَه فهو حُرٌّ فادّعَى رجلٌ آخَرُ أنّه ابنُه ثُمّ اشترياه عَتَقَ عليهما، ونصفُ ولائه للّذي أعتَقَه، وهو ابنٌ للّذي ادّعاه؛ لأنّ النّسب [٣] ههنا لم يَسْبقِ اليمينَ فيعتِقُ نصيبُ كُلٍّ واحدٍ منهما عليه ووَلاؤُه بينهما؛ لأنّه عَتَقَ عليهما والولاءُ للمُعْتِقِ.

وإنْ مَلَكَ اثنانِ ذا رَحِمٍ محرَمٍ من أحدِهما بسببٍ لا صُنْعَ لهما فيه بأنْ ورِثا عبدًا وهو قَريبُ أحدِهما حتّى عَتَقَ عليه لا يَضْمَنُ نصيبَ شريكِه موسِرًا كان أو مُعْسِرًا ولكنْ يَسْعَى العبدُ في نصفِ قيمَتِه لشريكِه في قولِهم جميعًا؛ لأنّ العتقَ ههنا ثَبَتَ بالملكِ شرعًا من غيرِ إعتاقٍ من جِهةِ أحدٍ من العِبادِ إذْ لا صُنْعَ لأحدٍ من العِبادِ في الإرثِ ووجوبُ الضّمانِ على المرءِ يعتَمِدُ شرعًا صُنْعًا من جِهَتِه ولم يوجدْ من القريب فلا يَضْمَنُ، واللّه الموَفِّقُ.

وَمن هذا القبيلِ ألفاظُ النّسَب وذِكرُها لا يَخْلو: إمّا أنْ يكونَ على وجه الصِّفةِ وإمّا أنْ

---

(١) في المخطوط: «شريكين».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «السبب».

يكونَ على سبيلِ الفِداءِ فإنْ ذَكَرَها على طريقِ الصِّفةِ بأنْ قال لمَمْلوكِه: هذا ابني (فهو لا) [(١)] يَخْلو: أمّا إنْ كان يصْلُحُ ابنًا له بأنْ كان يولدُ مثلُه لمثلِه، وإمّا أنْ كان لا يصْلُحُ [(٢)]، ولا يَخْلو: أمّا إنْ كان مجهول النّسَب أو معروفَ النّسَب من الغيرِ.

فإنْ كان يصْلُحُ ابنًا له: فإنْ كان مجهول النّسَب يَثْبُتُ النّسَبُ والعتقُ بالإجماع وإنْ كان معروفَ النّسَب من الغيرِ لا يَثْبُتُ النّسَبُ بلا شَكٍّ ولكنْ يَثْبُتُ العتقُ عندَنا [(٣)]، وعندَ الشّافعيِّ: لا يَثْبُتُ العتقُ [(٤)].

والأصلُ عندَه: أنّ العتقَ بناءٌ على النّسَب فإنْ ثَبَتَ النّسَبُ ثَبَتَ العتقُ وإلاّ فلا، وإنْ كان لا يصْلُحُ ابنًا له فلا [(٥)] يَثْبُتُ النّسَبُ بلا شَكٍّ وهل يعتِقُ؟.

قال أبو حنيفةَ: [يعتِقُ] [(٦)] سَواءٌ كان مجهول النّسَب أو معروفَ النّسَب.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يعتِقُ، والأصلُ عندَهما أنّ العتقَ مبنيٌّ على تَصوُّرِ النّسَب واحتمالِ ثُبوتِه، فإنْ [كان] [(٧)] تُصوِّرَ ثُبوتُه؛ ثَبَتَ العتقُ وإلاّ فلا.

والأصلُ عندَ أبي حنيفةَ: أنّ ثُبوتَ العتقِ لا يَقِفُ على ثُبوتِ النّسَب ولا على تَصوُّرِ ثُبوتِه وكذلك لو قال لمَمْلوكَتِه: هذه بنتي فهو على هذا التّفصيلِ والاتِّفاقِ والاختلافِ الذي ذَكَرْنا في الابنِ.

وجه قولِهم: أنّ العتقَ لو ثَبَتَ لا يَخْلو: إمّا أنْ ثَبَتَ ابتِداءً أو بناءً على ثُبوتِ النّسَب، لا وجهَ للأوّلِ؛ لأنّه لم يوجدِ الإعتاقُ ابتِداءً، ولا سبيلَ للثّاني [(٨)]، أمّا عندَ الشّافعيِّ فلأنّ النّسب لم يَثْبُتْ في المسألَتَيْنِ جميعًا فلا يَثْبُتُ العتقُ [(٩)] بناءً عليه. وأمّا عندَهما فلأنّ في

---

(١) في المخطوط: «فلا».
(٢) أي: لم يمكن كونه ابنه بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٦٦٤)، فتح القدير (٤/ ٤٣٩، ٤٤٠)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٥٧٨)، الدر المختار (٣/ ٦٤٦).
(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «فإن كان معروف النسب من غيره لم يلحقه لكن يعتق على الأصح لتضمنه الإقرار بحريته»، انظر روضة الطالبين (١٢/ ١٥٥)، أسنى المطالب (٤/ ٤٥٤)، مغنى المحتاج (٦/ ٤٦٨)، حاشية الجمل (٣/ ٤٤٩).
(٥) في المخطوط: «لا».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «إلى الثاني».
(٩) في المخطوط: «النسب».

المسألةِ الثّانيةِ لا يُتَصوّرُ ثُبوتُ النّسَب فلا يَثْبُتُ العتقُ وفي المسألةِ الأولى يُتَصوّرُ ثُبوتُ النّسَب منه حقيقةً بالزّنا والاشتِهارِ من غيرِه بناءً على النّسَب الظّاهرِ فيعتِقُ.

ولأبي حنيفة: أنّ كلامَ العاقِلِ المُتَديِّنِ يُحمَلُ على الصّحّةِ والسّدادِ ما أمكَنَ لاعتِبارِ عقلِه ودينِه دَلالةً وأمكَنَ تَصْحيحُ هذا الكلامِ من وجهَيْنِ: الكِنايةُ والمجازُ أمّا الكِنايةُ فلِوجودِ طريقِ الكِنايةِ في اللُّغةِ وهو المُلازَمةُ بين الشّيئَيْنِ أو المُجاورةُ بينهما غالِبًا على وجهٍ يكونُ بينهما تَعَلُّقُ الوجودِ به أو عندَه أو تَعَلُّقُ البقاءِ وتكونُ الكِنايةُ كالتّابعِ للمُكَنّى، والمُكَنّى هو المقصودُ فيُتْرَكُ اسمُ الأصلِ صَريحًا ويُكَنّى عنه باسمِ الملازم إيّاه التّابعِ له كما في قولِه عزّ وجلّ: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ﴾ [النساء: ٤٣]، والغائطُ: اسمٌ للمَكانِ الخالي المُطْمَئِنِّ من الأرضِ كنّى به عن الحدَثِ لمُلازَمةٍ بين هذا المكانِ وبين الحدَثِ غالِبًا وعادةً؛ إذِ العادةُ أنّ الحدَثَ يوجدُ في مثلِ هذا المكانِ تَستُّرًا عن النّاسِ.

وكذا الاستِنْجاءُ والاستِجْمارُ كِنايةٌ عن تطهيرِ موضِعِ الحدَثِ؛ إذِ الاستِنْجاءُ طَلَبُ النّجْوِ والاستِجْمارُ طَلَبُ الجِمارِ وكذا العرَبُ تَقولُ: مازِلْنا نَطَأُ السّماءَ حتّى أتَيْناكُم أي نَطَأُ المطرَ؛ إذِ المطرُ يَنْزِلُ من السّماءِ ونحوِ ذلك من مواضِعِ الاستعمالِ.

والبُنوّةُ في الملكِ (مُلازِمةٌ للحُرّيّةِ) [1] فجاز أنْ يُكَنّي بقولِه: هذا ابني عن قولِه: هذا مُعْتَقي وذِكرُ الصّريحِ والكِنايةِ في الكلامِ سَواءٌ، ولو صَرّحَ فقال: هذا مُعْتَقي عَتَقَ فكذا إذا كنّى به.

وأمّا المجازُ: فلأنّ من طُرُقِه المُشابَهةَ بين الذّاتَيْنِ [2] في المعنى الملازم [3] المشْهورِ في مَحَلِّ الحقيقةِ فيُطْلَقُ اسمُ المُسْتَعارِ عنه على المُسْتَعارِ له لإظهارِ المعنى الذي هو ظاهرٌ [٢/ ١٥٦ب] في المُسْتَعارِ عنه خَفيٌّ في المُسْتَعارِ له كما في الأسَدِ مع الشُّجاعِ، والحِمارِ مع البليدِ [ونحوِ ذلك] [4]، وقد وُجِدَ هذا الطّريقُ ههنا من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ الابنَ في اللُّغةِ اسمٌ للمَخلوقِ من ماءِ الذّكَرِ والأُنْثَى وفيه معنًى ظاهرٌ لازِمٌ وهو كونُه مُنْعَمًا عليه من جِهةِ الأب بالإحياءِ لاكتِساب سبب وجودِه وبقائه بالتّرْبيةِ والمُعْتَقُ مُنْعَمٌ عليه من جِهةِ المُعْتِقِ؛ إذِ الإعتاقُ إنْعامٌ على المُعْتَقِ وقال اللّه عزّ وجلّ:

---

(١) في المخطوط: «تلازمها الحرية».

(٢) في المخطوط: «الناس».

(٣) في المخطوط: «اللازم».

(٤) ليست في المخطوط.

﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب:٣٧] قِيلَ في التّفسيرِ: أنْعَمَ اللّه تعالى عليه بالإسلامِ وأنْعَمْتَ عليه بالإعتاقِ فكان بينهما مُشابَهةٌ في هذا المعنى وأنّه معنًى لازِمٌ مشهورٌ فيجوزُ إطلاقُ اسمِ الابنِ على المُعْتَقِ مَجازًا لإظهارِ نِعْمةِ العتقِ كإطلاقِ اسمِ الأسَدِ على الشُّجاعِ والحِمارِ على البليدِ.

والثاني: أنّ بين مُعْتِقِ الرّجُلِ وبين ابنِه الدّاخِلِ في ملكِه مُشابَهةً في معنى الحُرّيّةِ وهو معنًى لازِمٌ للابنِ الدّاخِلِ في ملكِه بحيثُ لا يَنْفَكُّ عنه وإنّه مشهورٌ [فيه] (١) فوُجِدَ طريقُ الاستِعارةِ فصَحّتِ الاستِعارةُ وقد خرج الجوابُ عن قولِهم: إنّ العتقَ إمّا إنْ ثَبَتَ ابتِداءً أو بناءً على النّسَب؛ لأنّا نَقولُ: ابتِداءً لكنْ بأحدِ الطّريقَيْنِ وهو الكِنايةُ أو المجازُ على ما بيّنّا ولا يَلْزَمُ على أبي حنيفةَ ما إذا قال لامرأتِه: هذه بنتي ومثلُه لا يَلِدُ مثلَها أنّه لا تَقَعُ الفُرْقةُ بينهما؛ لأنّ إقرارَه بكَوْنِها بنتًا له نَفَى النّكاحَ لأجلِ النّسَب وههنا لم يَثْبُتِ النّسَبُ فلا يَنْتَفي النّكاحُ فأمّا ثُبوتُ العتقِ فليس يَقِفُ على ثُبوتِ النّسَب.

والدّليلُ على التّفرِقةِ بين المسألَتَيْنِ: أنّه لو قال لزوجَتِه (٢) وهي معروفةُ النّسَب من الغيرِ: هذه بنتي، لم تَقَعِ الفُرْقةُ، ولو قال لأمَتِه: وهي معروفةُ النّسَب: هذه بنتي تعتِقُ، وما افْتَرَقا إلاّ لما قُلْنا، وكذا لو قال لزوجَتِه: هذه بنتي، وهي تَصْلُحُ بنتًا له، ثُمّ قال: أوهَمْت أو أخطَأت لا تَقَعُ الفُرْقةُ.

ولو قال لأمته (٣): هذه بنتي -وهي تَصْلُحُ بنتًا له- ثُمّ قال: أوهَمْت أو أخطَأت [لا تقع الفرقة، ولو قال لعبده: هذا ابني ثم قال: أوهمت أو أخطأت] (٤) يقعُ العتقُ فدَلّ على التّفرِقةِ بينهما.

وكذلك لو قال [له] (٥): هذا أبي فإنْ كان يصْلُحُ أبًا له وليس للقائلِ أبٌ معروفٌ يَثْبُتُ النّسَبُ والعتقُ بلا خلافٍ، وإنْ كان يصْلُحُ أبًا له ولكنْ للقائلِ أبٌ معروفٌ لا يَثْبُتُ النّسَبُ ويعتِقُ عندَنا (٦) خلافًا للشّافعيّ وإنْ كان لا يصْلُحُ أبًا له لا يَثْبُتُ النّسَبُ بلا شَكٍّ ولكنْ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «لامرأته».

(٣) في المخطوط: «لزوجته».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) انظر في مذهب الحنفية: الجوهرة النيرة (١/ ٢٥٧)، فتح القدير (٤/ ٤٤٣)، درر الحكام (٢/ ٤)، البحر الرائق (٤/ ٢٤٢)، الدر المختار (٣/ ٦٤٦).

يعتِقُ عندَ أبي حنيفةَ وعندَهما لا يعتِقُ.

وكذلك لو قال: هذه أُمّي فالكلامُ فيه كالكلامِ في الأب. وأمّا الكلامُ في الحُرّيّةِ بأنْ كان الممْلوكُ أمةً؛ ففي كُلِّ موضِعٍ يَثْبُتُ النّسَبُ تَثْبُتُ الحُرّيّةُ وإلاّ فلا، ولو قال لعبدِه: هذه بنتي أو قال لأمَتِه: هذا ابني اختلف المشايخُ فيه: قال بعضُهم: يعتِقُ وقال بعضُهم: لا يعتِقُ.

ولو قال لمَمْلوكِه: هذا عَمّي أو خالي يعتِقُ بلا خلافٍ بين أصحابنا، ولو قال: هذا أخي أو أُخْتي ذَكَرَ في الأصلِ أنّه لا يعتِقُ بخلافِ قولِه: هذا ابني أو أبي أو عَمّي أو خالي، وروَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه يعتِقُ كما في قولِه: عَمّي أو خالي [وجه هذه الرّوايةِ أنّه وصَفَ مَمْلوكَه بصِفةِ مَنْ يعتِقُ عليه إذا مَلَكَه فيعتِقُ عليه كما إذا قال: هذا عَمّي أو خالي] [١].

وجه روايةِ الأصلِ انّ قوله: هذا أخي، [محتمل] [٢] يحتملُ تَحْقيقَ العتقِ ويحتملُ الإكرامَ و [٣] التّخفّي به؛ لأنّه يُسْتعملُ في ذلك عُرْفًا وشرعًا قال اللّه تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] فلا يُحمَلُ على العتقِ من غيرِ نيّةٍ بخلافِ اسمِ الخالِ والعمِّ فإنّه [٤] لا يُسْتعملُ في الإكرامِ عُرْفًا وعادةً فلا يُقالُ: هذا خالي أو عَمّي على إرادةِ الإكرامِ فكان ذِكرُه للتّحْقيقِ وبخلافِ قولِه: هذا ابني أو هذا أبي؛ لأنّه لا يُسْتعملُ في الإكرامِ عُرْفًا وشرعًا وقد مَنَعَ الشّرعُ من ذلك قال اللّه تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤] وقال سبحانه وتعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

ورُوِيَ أنّهم كانوا يُسَمّونَ زيدَ بنَ حارِثةَ زيدَ بنَ محمّدٍ فنزل قوله تعالى: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ﴾ [الأحزاب: ٤٠] فكَفّوا [٥] عن ذلك، [وإنْ لم يكنْ مُسْتعملا في الإكرامِ يُحمَلُ على التّحْقيقِ] [٦].

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أو».
(٤) في المخطوط: «لأنه».
(٥) في المخطوط: «فكنى».
(٦) ليست في المخطوط.

وأما النداء: فهو أنْ يقول: يا بُنَيّ يا أبي، يا ابنَتي، يا أُمّي، يا خالي، يا عَمّي، أو يا أُخْتي أو يا أخي على رِوايةِ الحسَنِ لا [١] يعتِق في هذه الفُصولِ؛ لأنّ الغرَضَ بذِكرِ اسمِ النِّداءِ هو استِحْضارُ المُنادَى لا تَحْقيقُ معنى الاسمِ فيه، إلاّ إذا كان الاسمُ موضوعًا له (على ما) [٢] بيّنّا، فاحتَمَلَ أنّه أرادَ [به] [٣] النِّداءَ على طريقِ الإكرامِ دونَ تَحْقيقِ العتقِ فلا يُحمَلُ على العتقِ من غيرِ نيّةٍ. ولو قال لعبدِه: يا ابنُ أو لأمَتِه: يا ابنةُ لا يعتِقُ لعَدَمِ الإضافةِ إلى نفسِه، ولو قال: يا بُنَيّ أو يا بُنَيّةُ؛ يعتِقُ لوجودِ الإضافةِ.

وَأما الكِناية: فنحوُ قولِه: لا سبيلَ لي عليك، أو لا ملكَ لي عليك، أو خَليت سبيلَك، أو خرجْت من [٤] ملكي، فإنْ نَوَى العتقَ يعتِقُ وإلاّ فلا؛ لأنّ كُلّ واحدةٍ من هذه الألفاظِ يحتملُ العتقَ ويحتملُ غيرَه فإنّ قوله: لا سبيلَ لي عليك، يحتملُ سبيلَ اللّوْمِ والعُقوبةِ [٢/ ١٥٧أ] أي: ليس لي عليك سبيلُ اللّوْمِ والعُقوبةِ لوَفائك بالخدمةِ والطّاعةِ ويحتملُ: لا سبيلَ لي عليك لأنّي كاتَبْتُك فزالَتْ يَدي عنكَ ويحتملُ: لا سبيلَ لي عليك لأنّي أعتقتُك فلا يُحمَلُ على العتقِ إلاّ بالنّيّةِ، و [٥] يُصَدّقُ إذا قال: عَنَيْت به غيرَ العتقِ، إلاّ إذا قال: لا سبيلَ لي عليك إلاّ سبيلُ الولاءِ فإنّه يعتِقُ في القضاءِ ولا يُصَدّقُ أنّه أرادَ به غيرَ العتقِ؛ لأنّه نَفَى كُلّ سبيلٍ وأثْبَتَ سبيلَ الولاءِ وإطلاقُ الولاءِ يُرادُ به ولاءُ العتقِ، وذلك لا يكونُ إلا بعدَ العتقِ.

ولو قال: إلاّ سبيلَ الموالاةِ دِينَ في القضاءِ؛ لأنّ مُطْلَقَ الموالاةِ يُرادُ بها الموالاةُ في، الدّيْنِ أو يُسْتعملُ في ولاءِ الدّيْنِ ووَلاءِ العتقِ. فأيُّ ذلك نَوَى يُصَدّقُ في القضاءِ وقولُه: لا ملكَ لي عليك يحتملُ ملكَ اليدِ أي: كاتَبْتُك فزالَتْ يَدي عنك ويحتملُ: لا ملكَ لي عليك؛ لأنّي بعْتُك ويحتملُ: لا ملكَ لي عليك؛ لأنّي أعتقتُك، فتَقِفُ [٦] على النّيّةِ.

وقولُه: (خَليت سبيلَك) يحتملُ سبيلَ الاستخدامِ أي: لا أستخدِمُك ويحتملُ أعتقتُك، ولو قال له: أمرُك بيَدِك أو قال له: اختَرْ، وقَفَ على النّيّةِ؛ لأنّه يحتملُ العتقَ وغيرَه فكان كِنايةً.

---

(١) في المخطوط: «ولا».
(٢) في المخطوط: «لما».
(٣) في المطبوع: «به».
(٤) في المخطوط: «عن».
(٥) في المخطوط: «ولا».
(٦) في المخطوط: «فيقف».

ولو قال له: أمرُ عِتْقِك بيَدِك أو جَعَلْت عِتْقَك (في يَدِك) [١] أو قال له: اخترِ العتقَ أو خَيّرْتُك في عِتْقِك أو في العتقِ لا يَحْتاجُ فيه [٢] إلى النّيّةِ؛ لأنّه صَريحٌ ولكنْ لا بُدّ من اختيارِ العبدِ العتقَ ويَقِفُ على المجلسِ؛ لأنّه تمليكٌ.

وقولُه: خرجْت عن ملكي يحتملُ ملكَ التّصَرُّفِ فيكونُ بمعنى كاتَبْتُك ويحتملُ أعتقتُك، ولو قال لِمَمْلوكِه نَسَبُك حُرٌّ أو أصلُك حُرٌّ فإنْ كان يعلَمُ أنّه سُبيَ لا يعتِقُ، وإنْ لم يكنْ سُبيَ يعتِقُ؛ لأنّ الأصلَ أنّ حُرّيّةَ الأبَوَيْنِ تقتَضي حُرّيّةَ الولدِ؛ لأنّ المُتَوَلّدَ من الحُرّيْنِ يكونُ حُرًّا إلاّ أنّ حُرّيّةَ المسبيِّ بَطَلَتْ بالسّبْيِ فبقيَ الحُكمُ في غيرِ المسبيِّ على الأصلِ.

ولو قال لعبدِه: أنتَ للّه تعالى لم يعتِقْ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسُفَ: إنْ نَوَى العتقَ يعتِقُ.

وجه قولِه: أنّ قوله: للّه تعالى يحتملُ أنْ يكونَ بيانَ جِهةِ القُرْبةِ للإعتاقِ المحذوفِ، فإذا نَوَى العتقَ يعتِقُ كما لو قال: أنتَ حُرٌّ للّه، ولأبي حنيفةَ أنّ الإعتاقَ إثباتُ صِفةٍ لِمَمْلوكٍ لم تكُنْ ثابتةً قبل الإعتاقِ؛ لأنّه إثباتُ العتقِ ولم يوجدْ؛ لأنّ كونَه للّه تعالى كان ثابتًا قبل الإعتاقِ فلم يكنْ ذلك [إعتاقًا] [٣] فلا يعتِقُ.

ولو قال [له] [٤]: أنتَ عبدُ اللّه، لم يعتِقْ بلا خلافٍ، أمّا على قولِ أبي حنيفةَ فظاهرٌ لما ذَكَرْنا أنّ الإعتاقَ إنْشاءُ العتقِ فيقتَضي أنْ لا يكونَ ثابتًا قبله وكَوْنُه عبدَ اللّه صِفةٌ ثابتةٌ له قبل هذه المقالةِ.

وأمّا على قولِ أبي يوسُفَ فلأنّ قوله: عبدَ اللّه، لا يحتملُ أنْ يكونَ جِهةَ القُرْبةِ الاعتاق وقولُه: للّه تعالى، يحتملُ ذلك.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا قال لعبدِه: قد جَعَلْتُك للّه تعالى في صحّتِه أو مَرَضِه، وقال: لم أنوِ العتقَ ولم يَقُلْ شيئًا حتّى مات قبل أنْ (يُبيِّنَ لا) [٥] يعتِقُ، وإنْ نَوَى العتقَ عَتَقَ.

---

(١) في المخطوط: «بيدك».

(٢) في المخطوط: «في ذلك كله».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «يتبين حتى لا».

وكذلك إذا [١] قال هذا في (مَرَضِه فمات) [٢] قبل أنْ يُبيِّنَ فهو عبدٌ أيضًا؛ لأنّه يحتملُ أنّه أرادَ [٣] بهذا اللّفظِ النّذْرَ، ويحتملُ أنّه أرادَ به العتقَ [٤]، فلا يعتِقُ إلاّ بالنّيّةِ ولا يَلْزَمُ الورَثةَ بعدَ الموتِ الصّدَقةُ؛ لأنّ النّذْرَ يَسْقُطُ بالموتِ [٥] عندَنا .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا قال لأمَتِه: أطْلَقْتُك يُريدُ به العتقَ تعتِقُ؛ لأنّ الإطلاقَ إزالةُ اليدِ والمرءُ يُزيلُ يَدَه عن عبدِه بالعتقِ وبغيرِ العتقِ بالكِتابةِ فإذا نَوَى به العتقَ تعتِقُ [٦] كما لو قال لها خَليت سبيلَك .

ولو قال لها: طَلّقْتُك يُريدُ به العتقَ؛ (لا تعتِقُ) [٧] عندَنا لما نَذْكُرُ، ولو قال فرجُك عَلَيّ حَرامٌ يُريدُ العتقَ لم تعتِقْ؛ لأنّ حُرْمةَ الفرجِ مع الرِّقِّ يَجْتَمِعانِ كما لو اشترى أُخْتَه من الرّضاعةِ [٨] أو جاريةً قد وطِئَ أُمّها أو بنتَها أو جاريةً مَجوسيّةً أنّها لا تعتِقُ .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا قال لعبدِه: أ ن ت ح ر، أو قال لزوجَتِه: أ ن ت ط ا ل ق، فتَهَجّى ذلك هِجاءً إنْ نَوَى العتقَ أو [٩] الطّلاقَ وقَعَ؛ لأنّه يُفْهَمُ من هذه الحُروفِ عندَ انفرادِها ما يُفْهَمُ [منها] [١٠] عندَ التّرْكيب والتّأليفِ إلاّ أنّها ليستْ بصَريحةٍ في الدّلالةِ على المعنى؛ لأنّها عندَ انفرادِها [١١] لم توضَعْ للمعنى فصارتْ بمنزلةِ الكِنايةِ فتَقِفُ على النّيّةِ، وَأمّا ما يقومُ مقامَ اللّفْظِ في الدّلالةِ على العتقِ بالكتابة المُسْتَبينةُ؛ لأنّها في الدّلالةِ على المُرادِ بمنزلةِ اللّفْظِ إلاّ أنّ فيها ضَرْبَ استِتارٍ وإبْهامٍ؛ لأنّ الإنسانَ قد يَكتُبُ ذلك لإرادةِ العتقِ وقد يَكتُبُ لتَجْويدِ الخطِّ فالتُحِقَ بسائرِ الكِناياتِ فافْتَقر إلى النّيّةِ، والكلامُ في هذا كالكلامِ في الطّلاقِ وقد ذَكَرْناه [١٢] في الطّلاقِ وكذا الإشارةُ من الأخرَسِ إذا كانت مُعْلَمةً مفهمة المُرادِ؛ لأنّها في الدّلالةِ على المُرادِ في حقّه كالعِبارةِ [١٣] في الطّلاقِ والأصلُ في قيامِ الإشارةِ مقامَ العِبارةِ قوله تعالى خِطابًا [٢/ ١٥٧ب] لمريمَ عليها السلام:

---

(١) في المخطوط: «إن».
(٢) في المخطوط: «وصية ومات».
(٣) زاد في المخطوط: «به».
(٤) في المخطوط: «الإعتاق».
(٥) في المخطوط: «بعد الموت».
(٦) في المخطوط: «يعتق».
(٧) في المخطوط: «لا يعتق».
(٨) في المخطوط: «الرضاع».
(٩) في المخطوط: «و».
(١٠) زيادة من المخطوط.
(١١) في المخطوط: «الانفراد».
(١٢) في المخطوط: «ذكره».
(١٣) زاد في المخطوط: «كما».

﴿فَقُولِيٓ إِنِّي نَذَرۡتُ لِلرَّحۡمَٰنِ صَوۡمٗا﴾ [مريم:٢٦] أي: صَمْتًا وإمساكًا وذلك على الإشارةِ لا على القولِ منها [١]، وقد سَمّاها اللّه تعالى قولاً، فدَلّ [على] [٢] أنّها تعملُ عَمَلَ القولِ.

وَأمّا الألفاظُ التي لا يقع بها العتقُ أصلاً نَوَى أو لم يَنْوِ فنحوُ أنْ يقول لعبدِه: قُم أو اقْعُدْ أو اسقِني ونَوَى به العتقَ؛ لأنّ هذه الألفاظَ لا تحتَمِلُ العتقَ فلا تَصحُّ فيها نيّةُ العتقِ.

وكذا لو قال: لا سُلْطانَ لي عليك؛ لأنّ السّلْطَنةَ عِبارةٌ عن نَفاذِ المشيئةِ على وجه القهْرِ فانتِفاؤُها لا يقتَضي انتِفاءَ الرِّقِّ كالمُكاتَب فلا يقتَضي العتقَ بخلافِ قولِه: لا سبيلَ لي عليك؛ لأنّه [٣] نَفَى السُّبُلَ كُلّها ولا يَنْتَفي السّبيلُ عليها مع قيامِ الرِّقِّ. ألا تَرَى أنّ للمولى على مُكاتَبه سبيلَ المُطالَبةِ ببَدَلِ الكِتابةِ.

وكذا السُّلْطانُ يحتملُ الحُجّةَ أيضًا، فقولُه: لا سُلْطانَ لي عليك أي: لا حُجّةَ لي عليك وانتِفاءُ حُجّتِه على عبدِه (لا يوجِبُ) [٤] حُرّيّتَه وكذا لو قال لعبدِه: اذْهَبْ حيثُ شئت أو تَوَجّهْ حيثُ [٥] شئت من بلادِ اللّه تعالى يُريدُ به العتقَ أو قال له: أنتَ طالقٌ أو طَلّقْتُك أو أنتَ بائنٌ أو أبَنْتُك أو قال لأمَتِه: أنتِ طالقٌ أو طَلّقْتُك أو أنتِ بائنٌ أو أبَنْتُك أو أنتِ عَلَيّ حَرامٌ أو حَرّمْتُك أو أنتِ خَليّةٌ أو بَرِيّةٌ أو بَتّةٌ أو اذْهَبي أو اخرُجي أو اعزُبي أو تَقَنّعي أو استبْرِئي (أو اختاري ونَوَى) [٦] العتقَ فاختارَتْ وغيرَ ذلك مِمّا [٧] ذَكَرْنا في الطّلاقِ وهذا عندَنا [٨]. وعندَ الشّافعيِّ: يقعُ العتقُ بها إذا نَوَى [٩].

ولقَبُ المسألةِ: أنّ صَريحَ الطّلاقِ وكِناياتِه لا يقعُ بها (العتاقُ عندَنا خلافًا له) [١٠].

وجه قولِه: أنّ قوله لمَمْلوكَتِه: أنتِ طالقٌ أو طَلّقْتُك إثباتُ الانطِلاقِ أو إزالةُ القيْدِ، وأنّه نوعانِ:

---

(١) في المخطوط: «فيها».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لأن».
(٤) في المخطوط: «لا توجب».
(٥) في المخطوط: «أين».
(٦) في المخطوط: «ينوي به».
(٧) في المخطوط: «ممن».
(٨) انظر في مذهب الحنفية: الاختيار (٤/ ١٩)، البناية (٥/ ٥٨٣)، الدر المختار (٣/ ٦٤٨).
(٩) مذهب الشافعية: أن صرائح ألفاظ الطلاق وكناياته كلها كنايات في العتق. فمن قال ذلك لأمته ونوى العتق عتقت، انظر: الحاوي الكبير (٢٢/ ٥)، الوسيط (٧/ ٤٦١)، الروضة (١٢/ ١٠٨)، مغني المحتاج (٤/ ٤٩٣).
(١٠) في المخطوط: «العتق أم لا، غيرها لا يقع وعنده يقع».

كامِلٌ، وذلك بزوالِ الملكِ والرِّقِّ وهو تَفْسيرُ العتقِ .

وناقِصٌ، وذلك بزوالِ اليدِ لا غيرُ كما في المُكاتَب والمأذونِ فإذا نَوَى به العتقَ فقد نَوَى أحدَ النَوعَيْنِ فنَوَى ما يحتملُه كلامُه فصَحّتْ نيّتُه ولهذا (إذا قال لزوجَتِه :) [١] أنتِ حُرّةٌ ونَوَى به الطّلاقَ؛ طَلُقَتْ كذا هذا .

ولنا: أنّ هذه الألفاظَ المُضافةَ إلى المَمْلوكِ عِباراتٌ عن زوالِ يَدِ المالِكِ عنه أمّا قولُه : أنتِ طالقٌ فلأنّ الطّلاقَ عِبارةٌ عن رَفْعِ القيْدِ، والقيْدُ عِبارةٌ عن المنعِ [عن العمَلِ] [٢] لا عن الملكِ والمانِعُ يَدُ المالِكِ فرَفْعُ [٣] المانِعِ يكونُ بزوالِ يَدِه، وزوالُ يَدِ المالِكِ عن المَمْلوكِ لا يقتَضي العتقَ كالمُكاتَب وكذا قولُه : اذْهَبْ حيثُ شئت أو تَوَجّهْ إلى أينَ شئت؛ لأنّه عِبارةٌ عن رَفْعِ اليدِ عنه وأنّه لا يَنْفي الرِّقّ كالمُكاتَب وبه تَبيّنَ أنّ القيْدَ ليس بمُتَنَوِّعٍ، بل هو نوعٌ واحدٌ وزوالُه عن المَمْلوكِ لا يقتَضي زوالَ الملكِ كالمُكاتَب .

وكذا قولُه : أنتَ بائنٌ أو أبَنْتُك؛ لأنّه يُنَبِّئُ عن الفصلِ والتّبْعيدِ وكذا التّحريمُ بجامِعِ الرِّقِّ كالأُخْتِ من الرّضاعةِ والأمةِ المجوسيّةِ ونحوِ ذلك بخلافِ قولِه لامرأتِه : أنتِ حُرّةٌ؛ لأنّ التّحرير تخليصٌ، والقيْدُ ثُبوتٌ فيُنافيه ولأنّ ملكَ اليمينِ لا يَثْبُتُ بلفظِ النّكاحِ وما لا يُمْلَكُ بلفظِ النّكاحِ لا يَزولُ الملكُ عنه بلفظِ الطّلاقِ كسائرِ الأعيانِ وهذا؛ لأنّ الطّلاقَ رَفْعُ ما يَثْبُتُ [٤] بالنّكاحِ فإذا لم يَثْبُتْ ملكُ اليمين بلفظِ النّكاحِ لا يُتَصَوّرُ رَفْعُه بلفظِ الطّلاقِ بخلافِ قولِه لامرأتِه : أنتِ حُرّةٌ ونَوَى به الطّلاقَ؛ لأنّ ملكَ المُتْعةِ لا يختصُّ ثُبوتُه بلفظِ النّكاحِ فإنّه كما يَثْبُتُ بلفظ النّكاحِ يَثْبُتُ بغيرِه من الشِّراءِ وغيرِه فلا يختصُّ زوالُه بلفظِ الطّلاقِ .

ألا تَرَى أنّه يَزولُ (بردّةِ المرأةِ) [٥]، وكذا بشرائها [٦] بأنِ اشترى الزّوجُ امرأتَه فجاز أنْ يَزول بلفظِ التّحريرِ، ولو قال لعبدِه : رأسُك رأسُ حُرٍّ أو بَدَنُك بَدَنُ حُرٍّ أو فرجُك فرجُ حُرٍّ لم يعتِقْ؛ لأنّ هذا تَشْبيهٌ لكنْ بحَذْفِ حَرْفِ التّشْبيه وإنّه جائزٌ (من باب المُبالَغةِ) [٧] قال

---

(١) في المخطوط : «لو قال لامرأته».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط : «ورفع».
(٤) في المخطوط : «ثبت».
(٥) في المخطوط : «بالردة».
(٦) في المخطوط : «شرائها».
(٧) في المخطوط : «ومن باب المتابعة».

اللّه تعالى: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ ٱلسَّحَابِۚ﴾ [النمل :٨٨] أي كمَرِّ السّحاب وقال الشّاعِرُ [(١)] :

وعَيناكِ عَيناها وجيدُكَ جيدُها سِوَى أنّ عَظْمَ السّاقِ منكِ دَقيقُ

فتَشْبيه [(٢)] الشّيءِ بالشّيءِ لا يقتَضي المُشارَكةَ بينهما في جميعِ الصِّفاتِ [(٣)] وهذا معنى قولِهم: كلامُ التّشْبيه لا عُمومَ له قال اللّه عزّ وجَلّ: ﴿كَأَنَّهُنَّ ٱلْيَاقُوتُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمٰن :٥٨] وقال تعالى: ﴿كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَّكْنُونٌ﴾ [الصافات :٤٩] فلا يعتِقُ، ولو نَوّنَ فقال: رأسُك رأسٌ حُرٌّ وبَدَنُك بَدَنٌ حُرٌّ وفَرْجُك فرجٌ حُرٌّ فهو حُرٌّ؛ هذا ليس بتَشْبيهٍ بل هو وصفٌ وقد وُصِفَ جملةً أو ما يُعَبّرُ به عن جملةٍ [(٤)] بالحُرّيّةِ فيعتِقُ .

ولو قال: ما أنتَ إلا مثلُ الحُرِّ أو أنتَ مثلُ الحُرِّ؛ لم يعتِقْ في القضاءِ ولا فيما بينه وبين اللّه تعالى كذا ذَكَرَ في الأصلِ؛ لأنّ هذا تَشبيهٌ بحَرْفِ التّشْبيه والتّشْبيه لا يقتَضي المُشارَكةَ في جميعِ الصِّفاتِ بخلافِ قولِه: ما أنتَ إلا حُرٌّ؛ لأنّ ذاكَ ليس بتَشْبيهٍ بل هو تَحْريرٌ؛ لأنّه نَفَى وأثْبَتَ، والنّفيُ ما زادَه إلاّ تأكيدًا كقولِ القائلِ لغيرِه: ما أنتَ إلا فقيهٌ .

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنه (قال: إذا) [(٥)] قال: كُلُّ مالي حُرٌّ وله عَبيدٌ لم يعتِقوا [٢/ ١٥٨أ]؛ لأنّه جَمع بين العبيدِ وغيرِهم من الأموالِ ووَصَفَ الكُلّ بالحُرّيّةِ بقولِه: كُلُّ مالي حُرٌّ ومعلومٌ أنّ غيرَ العبيدِ من الأموالِ لا يحتملُ الوصفَ بالحُرّيّةِ التي هي العتقُ فيَنْصَرِفُ الوصفُ بالحُرّيّةِ إلى الحُرّيّةِ التي يحتملُها الكُلُّ وهي أنْ تكونَ جميعُ أموالِه خالِصةً صافيةً له لا حقّ لأحدٍ فيها فلا تعتِقُ عَبيدُه، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ .

فَصْلٌ [في شرائط الركن]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ فأنواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى المُعْتِقِ خاصّةً، وبعضُها يرجعُ إلى المُعْتَقِ خاصّةً وبعضُها يرجعُ إليهما جميعًا، وبعضُها يرجع إلى نفسِ الرُّكنِ .

أمّا الذي يرجعُ إلى المُعْتِقِ خاصّةً . فمنها: أنْ يكونَ عاقِلاً حقيقةً أو تقديرًا حتّى لا يصحّ الإعتاقُ من (الصّبيِّ الذي لا يعقِلُ والمجنونِ) [(٦)] كما لا يصحُّ الطّلاقُ منهما . وأمّا

(١) البيت من بحر الطويل وهو لمجنون ليلى قيس بن الملوح؛ انظر ديوانه ص(٦٣)، وحميرة اللغة ص (٤٣).

(٢) في المخطوط: «أي كعينها وتشبيه».

(٣) في المخطوط: «الأوصاف».

(٤) في المخطوط: «جملته».

(٥) في المخطوط: «لاو».

(٦) في المخطوط: «المجنون والصبي الذي لا يعقل».

المجنونُ الذي يُجَنُّ في حالٍ ويُفيقُ في حالٍ فما يوجدُ منه حالَ إفاقَتِه فهو فيه بمنزلةِ سائرِ العُقَلاءِ وما يوجدُ منه في حالِ جُنونِه فهو بمنزلةِ المجنونِ المُطْبقِ اعتِبارًا للحقيقةِ وأمّا السّكرانُ فإعتاقُه كطلاقِه وقد مَرّ ذلك في كِتاب الطّلاقِ .

ومنها: أنْ لا يكونَ معتوهًا ولا مدهوشًا ولا مُبَرْسَمًا ولا مُغْمًى عليه ولا نائمًا حتّى لا يصحّ الإعتاقُ من هؤلاء كما لا يصحُّ الطّلاقُ منهم، لما ذَكَرْنا في الطّلاقِ .

ومنها: أنْ يكونَ بالِغًا فلا يصحُّ الإعتاقُ من الصّبيِّ وإنْ كان عاقِلًا كما لا يصحُّ الطّلاق منه، ولو قال رجلٌ: أعتقت عبدي وأنا صَبيٌّ أو قال: وأنا نائمٌ؛ كان القولُ قوله، والأصلُ [فيه] [١] أنّه إذا أضافَ الإعتاقَ إلى حالٍ معلومِ الكونِ وهو ليس من أهلِ الإعتاقِ فيها يُصَدّقُ بأنْ قال: أعتقته وأنا صَبيٌّ أو وأنا نائمٌ أو مجنونٌ وقد عُلِمَ جُنونُه أو وأنا حَرْبيٌّ في دارِ الحرْب على أصلِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وقد عُلِمَ ذلك منه؛ لأنّه إذا أضافَ الإعتاقَ إلى زَمانٍ لا يُتَصَوّرُ منه (الإعتاقُ، عُلِمَ إنْ أرادَ به) [٢] صيغةَ الإعتاقِ لا حقيقةَ الإعتاقِ، فلم يصِرْ مُعْتَرِفًا بالإعتاقِ .

ولو قال: أعتقته وأنا مجنونٌ ولم يُعْلم له جُنونٌ لا يُصَدّقُ؛ لأنّه إذا أضافَه إلى حالةٍ لا يُتَيَقّنُ وجودُها فالظّاهرُ أنّه أرادَ الرّجوعَ عَمّا أَقَرّ به فلا يُقْبَلُ منه، ولو قال: أعتقتُه قبل أنْ أُخْلَقَ أو قبل أنْ يُخْلَقَ لا يعتِقُ؛ لأنّ زَمانَ ما قبل انخلاقِه وانخلاقُ العبدِ معلومٌ فقد أضافَ الإعتاقَ إلى زَمانٍ معلومِ الكونِ ولا يُتَصَوّرُ منه فيه الإعتاقُ فلا يعتِقُ .

وأمّا كونُه طائعًا فليس بشرطٍ عندَنا خلافًا للشّافعيِّ، والمسألةُ [قد] [٣] مَرّتْ في كِتاب الطّلاقِ، وكَوْنُه جادًّا ليس بشرطٍ بالإجماعِ، حتّى يصحّ إعتاقُ الهازِلِ، وكذا كونُه عامِدًا حتّى يصحّ إعتاقُ الخاطِئِ لما ذَكَرْنا في الطّلاقِ وكذا التّكلُّمُ باللِّسانِ ليس بشرطٍ فيصحُّ الإعتاقُ بالكِتابةِ المُسْتَبينةِ والإشارةِ المفْهومةِ وكذا الخُلوُّ عن شرطِ الخيارِ ليس بشرطٍ في الإعتاقِ بعِوَضٍ وبغيرِ عِوَضٍ إذا كان الخيارُ للمولى حتّى يقعَ العتقُ ويَبْطُلَ الشّرطُ .

أمّا إذا كان بغيرِ عِوَضٍ فظاهرٌ؛ لأنّ ثُبوتَ الخيارِ لفائدةِ الفسخِ، والإعتاقُ بغيرِ العِوَضِ [٤] لا يحتملُ الفسخَ وكذا إنْ كان بعِوَضٍ؛ لأنّ العِوَضَ من جانِب المولى هو

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فالظاهر أنه أراد».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «عوض».

العتقُ وإنّه لا يقبَلُ الفسخَ فلا معنى للخيارِ فيه وإنْ كان الخيارُ للعبدِ فخُلوُّه عن خيارِه (شرطُ صحّتِه) [١] حتّى لو رَدّ العبدُ العقدَ (في مُدّةِ الخيارِ) [٢] فيَنْفَسِخُ العقدُ [ولا يعتِقُ] [٣]؛ لأنّ العِوَضَ في جانِبِه هو المالُ فكان مُحْتَمِلاً للفسخِ فيصحُّ شرطُ الخيارِ فيه كما في الطّلاقِ على مالٍ وقد ذَكَرْناه في كِتاب الطّلاقِ.

وعلى هذا الصُّلْحُ من دَمِ العمْدِ بشرطِ الخيارِ وأنّ الخيارَ إنْ كان مشروطًا للمولى يَبْطُلُ الخيارُ ويصحُّ الصُّلْحُ؛ لأنّ الخيارَ لثُبوتِ الفسخِ والذي من جانِبِ المولى وهو العفوُ لا يحتملُ الفسخَ وإنْ كان الخيارُ للقاتِلِ جاز؛ لأنّ ما هو العِوَضُ من جانِبِه وهو المالُ قابلٌ للفسخِ ثُمّ إذا جاز الخيارُ وفَسَخَ القاتِلُ العقدَ هل يَبْطُلُ العفوُ؟

فالقياسُ أنْ يَبْطُلَ؛ لأنّه تَعلّقَ بشرطِ المالِ ولم يَسْلم المالُ وفي الاستِحْسانِ لا يَبْطُلُ ويَلْزَمُ القاتِلَ الدّيةُ كذا رُوِيَ عن محمّدٍ.

أمّا صحّةُ العفوِ وسُقوطُ القِصاصِ فلأنّ عَفْوَ الوليّ يصيرُ شُبْهةً والقِصاصُ يَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ، وأمّا وجوبُ الدّيةِ فلأنّ الوليّ [٤] لم يَرْضَ بإسقاطِه بغيرِ عِوَضٍ ولا عِوَضَ إلا الدّيةُ؛ إذْ هي قيمةُ النّفسِ ثُمّ فرّقَ بين الإعتاقِ على مالٍ وبين الكِتابةِ فإنّه يجوزُ فيها شرطُ الخيارِ للمولى؛ لأنّها عقدُ مُعاوَضةٍ يَلْحقُها الفسخُ فيجوزُ شرطُ الخيارِ في طرَفَيْها كالبيعِ بخلافِ الإعتاقِ على مالٍ، واللّه عَزّ وجَلّ الموفّقُ.

وكذا إسلامُ المُعْتِقِ ليس بشرطٍ فيصحُّ الإعتاقُ من الكافرِ إلاّ أنّ إعتاقَ المُرْتَدِّ لا يَنْفُذُ في الحالِ في قولِ أبي حنيفةَ بل هو موقوفٌ وعندَهما نافِذٌ وإعتاقُ المُرْتَدِّ نافِذٌ بلا خلافٍ والمسألةُ نَذْكُرُها في كِتاب السّيَرِ - إنْ شاء اللّه تعالى [٢/ ١٥٨ب]-.

وكذا صحّةُ المُعْتِقِ فيصحُّ الإعتاقُ من المريضِ مَرَضَ الموتِ؛ لأنّ دَليلَ الجوازِ لا يوجِبُ الفصلَ إلا أنّ الإعتاقَ من المريضِ يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ؛ لأنّه يكونُ وصيّةً.

ومنها: النّيّةُ في أحدِ نوعَيِ الإعتاقِ وهو الكِنايةُ دونَ الصّريحِ، ويَسْتَوي في صَريحِ الإعتاقِ وكِناياتِه أنْ يكونَ ذلك بمُباشرةِ المولى بنفسِه على طريقِ الأصالةِ أو بغيرِه على طريقِ النّيابةِ عن المولى بإذنِه وأمرِه وذلك أنواعٌ ثلاثةٌ: تَفويضٌ، وتَوْكيلٌ، ورِسالةٌ.

---

(١) في المخطوط: «شرطٌ لصحته».
(٢) في المخطوط: «في هذه الحالة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وجوب الدية».

فالتّفويضُ: هو التّخْييرُ والأمرُ باليدِ صَريحًا وكِنايةً على ما بيّنّا، والأمرُ بالإعتاقِ كقولِه: أعتِقْ نفسَك وقولِه: أنتَ حُرٌّ إنْ شئت. والتّوْكيلُ هو أنْ يأمُرَ غيرَه بالإعتاقِ بأنْ يقول لغيرِه: أعتِقْ عبدي فُلانًا من غيرِ التّقْييدِ بالمشيئةِ.

والرّسالةُ معروفةٌ وقد فسّرْناها في كِتاب الطّلاقِ.

والحُكمُ في هذه الفُصولِ في العتاقِ كالحُكمِ فيها في الطّلاقِ، وقد استوْفَيْنا الكلامَ فيها في كِتاب الطّلاقِ بتَوْفيقِ اللّه عَزّ وجَلّ.

ومنها: عَدَمُ الشّكِّ في الإعتاقِ وهو شرطُ الحُكمِ بثُبوتِ العتقِ فإنْ كان شاكًّا فيه لا يَحْكُمُ بثُبوتِه لما ذَكَرْنا في الطّلاقِ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المُعْتَقِ خاصّةً فنوعانِ:

احدهما: الإضافةُ، فمنها: أنْ يكونَ المُضافُ إليه العتقُ موجودًا بيَقينٍ، فإنْ لم يكنْ لم تَصحّ الإضافةُ بأنْ قال لجاريةٍ مَمْلوكةٍ له: حَمْلُ هذه الجاريةِ حُرٌّ قال أو ما في بَطْنِ هذه الجاريةِ حُرٌّ فإنْ ولدَتْ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ التّكَلُّمِ عَتَقَ، وإنْ ولدَتْ لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لم يعتِقْ؛ لأنّها إذا ولدَتْ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ اليمينِ تَيَقّنّا بوجودِه في ذلك الوقتِ؛ لأنّ المرأةَ لا تَلِدُ [لأقل] [1] من سِتّةِ أشهرٍ، فإنْ ولدَتْ واحدًا لأقلّ منها [2] بيومٍ، ثُمّ ولدَتْ آخرَ لأكثَرَ منها بيومٍ عَتَقا جميعًا؛ لأنّ الأوّلَ عَتَقَ لكَوْنِه في البطْنِ يومَ الكلامِ فإذا عَتَقَ الأوّلُ عَتَقَ الثّاني؛ لأنّهما تَوْأمانِ. وأمّا إذا جاءَتْ به لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا من وقتِ التّكَلُّمِ فلا نَسْتَيْقِنُ بوجودِه وقتَ التّكَلُّمِ لاحتمالِ حُدوثِه بعدَ ذلك فوَقَعَ الشّكُّ في ثُبوتِ الحُرّيّةِ (فلا تَثْبُتُ مع الشّكِّ) [3].

ومنها: الإضافةُ إلى بَدَنِ المُعْتَقِ أو إلى جزءٍ جامِعٍ [4]، منه وهو الذي يُعَبّرُ به عن جميعِ البدَنِ، أو إلى جزءٍ شائع عندَنا [5] خلافًا للشّافعيِّ [6] حتّى لو أضافَ إلى جزءٍ مُعَيّنٍ لا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «من ستة أشهر».
(٣) في المخطوط: «فلا يثبت بالشك».
(٤) في المخطوط: «شائع».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٤/ ٤٣٥)، البناية (٥/ ٥٦٨)، الدر المختار (٣/ ٦٤٤).
(٦) مذهب الشافعية: أن من أعتق بعض مملوكه عتق عليه كله سواء كان السيد موسرًا أو معسرًا. ولو أضاف العتق إلى عضو معين في مملوكه كَيَدِه ورِجْلِهِ عتق كله. انظر: الوسيط (٧/ ٤٦٣)، الروضة (١٢/ ١١٠)، مغني المحتاج (٤/ ٤٩٢).

يُعَبّرُ به عن جميعِ البدَنِ؛ لا يصحُّ عندَنا وعندَه يصحُّ كما في الطّلاقِ غيرَ أنّه إذا أضافَ العتقَ إلى جزءٍ شائعٍ منه لا يعتِقُ كُلُّه عندَ أبي حنيفةَ، وإنّما يعتِقُ قدرُ ما أضافَ [إليه] (١) لا غيرُ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: يعتِقُ كُلُّه.

وفي الطّلاقِ تطلقُ كُلُّها بلا خلافٍ بناءً على أنّ العتقَ يتجَزّأُ عندَ أبي حنيفةَ وعندَهما لا يتجَزّأُ والطّلاقُ لا يتجَزّأُ بالإجماعِ فأبو حنيفةَ يَحْتاجُ إلى الفرقِ بين الطّلاقِ والعتاقِ.

ووَجه الفرقِ له: أنّ ملكَ النّكاحِ لا يُرادُ به إلاّ الوطْءُ والاستمْتاعُ وذلك لا يتحقّقُ في البعضِ دونَ البعضِ، فلا يكونُ إثباتُ حُكمِ الطّلاقِ في البعضِ دونَ البعضِ مُفيدًا؛ فلَزِمَ القولُ بالتّكامُلِ. فأمّا ملكُ اليمينِ فلم يوضَعْ للاستمْتاعِ والوطْءِ فإنّه يَثْبُتُ مع حُرْمةِ الوطْءِ والاستمْتاعِ كالأمةِ المجوسيّةِ والمُحَرّمةِ بالرّضاعِ والمُصاهَرةِ وإنّما وُضِعَ للاستِرْباحِ أو الاستخدامِ وذلك يتحقّقُ مع قيامِ الملكِ في البعضِ دونَ البعضِ؛ فكان ثُبوتُ العتقِ في البعضِ دونَ البعضِ مُفيدًا فهو الفرقُ، فلا ضَرورةَ إلى التّكامُلِ. وأمّا كونُ المُضافِ إليه العتقَ معلومًا، فليس بشرطٍ لصحّةِ الإضافةِ (٢) عندَ عامّةِ العلماءِ، فيصحُّ إضافَتُه إلى المجهولِ بأنْ قال لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ أو قال: هذا حُرٌّ أو قال ذلك لأمَتَيْه (٣).

وقال (٤) **نُفاةُ القياسِ:** شرطٌ حتّى لا تَصحّ الإضافةُ إلى المجهولِ عندَهم، والكلامُ في العتاقِ على نحوِ الكلامِ في الطّلاقِ وقد ذَكَرْناه في كِتاب الطّلاقِ وسَواءٌ كانتِ الجهالةُ مُقارِنةً أو طارِئةً بأنْ عَتَقَ واحدًا من عَبيدِه عَيْنًا ثُمّ نَسيَ المُعْتَقَ لما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ.

ومنها: (٥) قَبولُ العبدِ في الإعتاقِ على مالٍ فما لم يُقْبل، لا يعتِقُ، ومنها: المجلسُ وهو مجلسُ الإعتاقِ إنْ كان العبدُ حاضِرًا ومجلسُ العلمِ إنْ كان غائبًا لما نَذْكُرُ في موضِعِه إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «الإعتاق».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٣/ ٧٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩٨)، فتح القدير (٤/ ٤٩٧- ٤٩٨)، درر الحكام (٢/ ١٠- ١١)، البحر الرائق (٤/ ٢٦١- ٢٦٢)، رد المحتار (٣/ ٦٦٦- ٦٦٧).
(٤) وفي المخطوط: «وعند». (٥) في المخطوط: «والثاني».

وَأمّا الذي يرجعُ إليهما جميعًا فهو الملكُ؛ إذِ المالِكُ والممْلوكُ من الأسماءِ الإضافيّةِ والعلاقةُ التي تَدورُ عليها الإضافةُ من الجانِبينِ هي الملكُ فكَوْنُ المُعْتَقِ مَملوكَ المُعْتِقِ رَقَبةً وقتَ ثُبوتِ العتقِ شرطُ ثُبوتِه [فيَحْتاجُ في هذا الفصلِ إلى بيانِ كونِ المُعْتَقِ مَمْلوكَ المُعْتِقِ رَقَبةً وقتَ ثُبوتِ العتقِ شرطَ ثُبوتِه] [(١)] وإلى بيانِ أنّه: هل يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ مَمْلوكَه وقتَ الإعتاقِ وهو التَكلُّمُ بالعتقِ أم لا؟ وإلى بيانِ مَنْ يدخلُ تحت مُطْلَقِ اسمِ الممْلوكِ في الإعتاقِ المُضافِ إليه ومَنْ لا يدخلُ.

أمّا الأوّلُ: فالدّليلُ على اعتِبارِ هذا الشّرطِ قولُ النّبيِّ ﷺ: «**لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ**» [(٢)] ولأنّ زوالَ ملكِ المحَلِّ شرطُ [٢/ ١٥٩أ] ثُبوتِ العتقِ فيه ولا بُدّ للزّوالِ من سابقةِ الثُّبوتِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ إعتاقُ عبدِ الغيرِ بغيرِ إذنِه؛ إذْ لا يَنْفُذُ لعَدَمِ الملكِ ولكنْ يتوَقّفُ على إجازةِ المالِكِ عندَنا وعندَ الشّافعيِّ: لا يتوَقّفُ، وهي [مسألةُ] [(٣)] تَصرُّفاتِ الفُضوليِّ وموضِعُها كِتابُ البُيوعِ.

وكذا العبدُ المأذونُ لا يملِكُ الإعتاقَ وكذا المُكاتَبُ؛ لانعِدامِ ملكِ الرّقَبةِ وكذا لو اشترى (العبدُ المأذونُ أو المُكاتَبُ) [(٤)] ذا رَحِمٍ منه؛ لا يعتِقُ عليه لما قُلْنا، ولو [(٥)] اشترى العبدُ المأذونُ ذا رَحِمٍ محرَمٍ من مولاه فإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لرَقَبتِه عَتَقَ عليه؛ لأنّه إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ فقد مَلَكَه المولى فيعتِقُ عليه كما لو اشتَراه بنفسِه وإنْ كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لرَقَبتِه لا يعتِقُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يعتِقُ بناءً على أنّ المولى لا يملِكُ كسْبَ عبدِه المأذونِ المديونِ عندَه وعندَهما يملِكُ وهي من مسائلِ المأذونِ، ولو اشترى المُكاتَبُ ابنَه من مولاه أو ذا رَحِمٍ محرَمٍ من مولاه؛ لم يعتِقْ في

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) حسن: رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، حديث (٢١٩٠)، والترمذي، حديث (١١٨١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣١٨)، حديث (١٤٦٤٧)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٤٥)، حديث (٤٥٩). وانظر الدراية (٢/ ٨٥)، حديث (٦١٥)، والتلخيص الحبير (٤/ ١٧٥)، حديث (٢٠٥٨)، ونصب الراية (٣/ ٢٧٨)، وصحيح سنن أبي داود.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «المكاتب أو المأذون».

(٥) في المخطوط: «وإذا».

قولِهم جميعًا؛ لأنّ المولى لم يملِكه؛ لأنّه من كسْب المُكاتَب والمولى لا يملِكُ أكسابَ مُكاتَبه فلا يعتِقُ، ولو اشترتِ المُكاتَبةُ ابنَها من سَيِّدِها عَتَقَ؛ لأنّ إعتاقَ المولى يَنْفُذُ في المُكاتَبةِ ووَلَدِها فيعتِقُ من طريقِ الحُكمِ لأجلِ النّسَب ويجوزُ إعتاقُ المولى المُكاتَبَ والعبدَ المأذونَ والمُشْتَرَى قبل القبْضِ والمرهونَ والمُسْتَأجَرَ لقيامِ ملكِ الرّقَبةِ وكذا العبدُ الموصَى برَقَبَتِه لإنسانٍ وبخدمَتِه لآخَرَ إذا أعتقَه الموصَى له بالرّقَبةِ لما قُلْنا .

وعلى هذا الأصلِ يَخْرُجُ قولُ أبي يوسُفَ في الحرْبيِّ إذا أعتَقَ عبدًا حَرْبيًّا له في دارِ الحرْب أنّه يعتِقُ لقيامِ الملكِ .

وأمّا عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ: فلا يعتِقُ ولا خلافَ في أنّه إذا أعتَقَه وخَلّى سبيلَه يعتِقُ منهم مَنْ قال: لا خلافَ في العتقِ أنّه يعتِقُ، وإنّما الخلافُ في الولاءِ أنّه هل يَثْبُتُ فيه أم لا؟ ذَكَرَ الطّحاويُّ عن أبي حنيفةَ أنّ للعبدِ أنْ يوالي مَنْ شاء ولا يكونُ ولاؤُه للمُعْتِقِ .

والصّحيحُ أنّ الخلافَ ثابتٌ في العتقِ فإنّهم قالوا في الحرْبيِّ إذا دخلَ إلَيْنا ومعه مَماليكُ فقال: هم مُدَبّرونَ: إنّه لا يُقْبَلُ قولُه، وإنْ [1] قال: هم أولادي أو هُنّ أُمّهاتُ أولادي قُبلَ قولُه؛ فهذا يَدُلُّ على أنّ التّدْبيرَ لا يَثْبُتُ في دارِ الحرْب .

ورِوايةُ الطّحاويِّ عن أبي حنيفةَ محمولةٌ على ما إذا خرج إلى دارِ الإسلامِ، وإذا خرج إلى دارِ الإسلامِ فلا ولاءَ له عليه عندَهما؛ لأنّه لم يعتِقْ بإعتاقِه وإنّما عَتَقَ بخُروجِه إلى دارِ الإسلامِ .

وعندَ أبي يوسُفَ: عَتَقَ بإعتاقِ مولاه له .

وجه قولِ أبي يوسُفَ في مسألةِ العتقِ: أنّه أعتَقَ ملكَ نفسِه فيعتِقُ كما لو باعَه وكَما لو كان في دارِ الإسلام فأعتَقَ عبدًا له حَرْبيًّا أو مسلمًا أو ذِمّيًّا وكالمسلمِ إذا أعتَقَ عبدَه المسلمَ في دارِ الحرْب ولا شَكّ أنّه أعتَقَ ملكَ نفسِه؛ لأنّ أموالَ أهلِ الحرْب أملاكُهم حقيقةً .

ألا تَرَى أنّهم يَرِثونَ ويورَثُ عنهم؟

ولو كانت جاريةٌ يصحُّ من الحرْبيِّ استيلاؤُها [2] إلا أنّه ملكٌ غيرُ معصومٍ .

ولهُمَا: أنّ إعتاقَ الحرْبيِّ عبدَه الحرْبيّ في دارِ الحرْب بدونِ التّخْليةِ لا يُفيدُ معنى العتقِ؛

---

(١) في المخطوط: «فإن».

(٢) في المخطوط: «استيلادها».

لأنّ العتقَ عِبارةٌ عن قوّةٍ حُكميّةٍ تَثبُتُ للمَحَلِّ يَدْفَعُ بها يَدَ الاستيلاءِ والتّمَلُّكِ عن نفسِه، وهذا لا يَحْصُلُ بهذا الإعتاقِ بدونِ التّخْليةِ؛ لأنّ يَدَه عليه تكونُ قائمةً حقيقةً وملكُ أهلِ الحرْب في دارِ الحرْب في ديانَتِهم بناءً على القهْرِ الحِسّيِّ والغلَبةِ الحقيقيّةِ، حتّى إنّ العبدَ إذا قَهرَ مولاه فاستَوْلى [(١)] عليه مَلَكَه، وإذا لم توجَدِ التّخْليةُ كان تحت يَدِه وقَهْرِه حقيقةً فلا يَظْهَرُ معنى العتقِ. هذا معنى قولِ المشايخِ مُعْتَقٌ بلِسانِه مُسْتَرَقٌّ بيَدِه بخلافِ ما إذا أُعْتِقَ في دارِ الإسلامِ؛ لأنّ يَدَ الاستيلاءِ والتّمَلُّكِ تَنْقَطِعُ بثُبوتِ العتقِ في دارِ الإسلامِ فيَظْهَرُ معنى العتقِ وهو القوّةُ الدّافِعةُ يَدَ الاستيلاءِ وبخلافِ المسلمِ [(٢)] إذا أعتَقَ عبدَه [المسلمَ] [(٣)] في دارِ الحرْب؛ لأنّ المسلمَ لا يُدينُ الملكَ بالاستيلاءِ والغلَبةِ الحقيقيّةِ، ولو كان عبدُه حَرْبيًّا فأعتقَه المسلمُ في دارِ الحرْب يعتِقُ من غيرِ تخليةٍ استِحْسانًا.

والقياسُ: أنْ لا يعتِقَ عندَهما كالحرْبيِّ إذا أعتَقَ عبدَه الحرْبيّ في دارِ الحرْب، ومنهم مَنْ جعل المسألةَ [(٤)] على الاختلافِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا مَلَكَ الحرْبيُّ في دارِ الحرْب ذا رَحِمٍ محرَمٍ منه أنّه لا يعتِقُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ: يعتِقُ؛ لأنّ ملكَ القريب يوجِبُ العتقَ فكان الخلافُ فيه كالخلافِ في الإعتاقِ.

وأمّا الثّاني: فالإعتاقُ لا يَخْلو: إمّا أنْ يكونَ تَنجيزًا، وإمّا أنْ يكونَ تَعليقًا [بشرطٍ] [(٥)]، وإمّا أنْ يكونَ إضافةً إلى وقتٍ.

فإنْ كان تنجيزًا: يُشْتَرَطُ [(٦)] قيامُ الملكِ وقتَ وجودِه؛ لأنّ التّنجيزَ إثباتُ العتقِ للحالِ ولا عِتْقَ بدونِ الملكِ.

وإنْ كان تَعليقًا [٢/ ١٥٩ب] فالتّعليقُ في الأصلِ نوعانِ: تَعليقٌ محضٌ ليس فيه معنى المُعاوَضةِ، وتَعليقٌ فيه معنى المُعاوَضةِ؛ فيكونُ تَعليقًا من وجهٍ ومُعاوَضةً من وجهٍ، والتّعليقُ المحضُ نوعانِ أيضًا: تَعليقٌ بما سِوَى الملكِ وسببه من الشُّروطِ، وتَعليقٌ بالملكِ أو بسببِ الملكِ، وكُلُّ واحدٍ منهما على ضَرْبينِ: تَعليقٌ صورةً ومعنًى، وتَعليقٌ

---

(١) في المخطوط: «واستولى».
(٢) في المخطوط: «العبد المسلم».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «المسلم».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «الشرط».

معنًى لا صورةً، فيقعُ الكلامُ في الحاصِلِ في موضِعَيْنِ :

أحدُهما: في بيانِ أنواعِ التّعليقِ، ما يُشْتَرَطُ لصحّتِه قيامُ الملكِ وقتَ وجودِه وما لا يُشْتَرَطُ .

والثّاني: في بيانِ ما يَظْهَرُ به وجودُ الشّرطِ .

أمّا الأوّل: فالتّعليقُ [١] المحضُ بما سِوَى الملكِ وسببه من الشُّروطِ . فنحوُ التّعليقِ بدُخولِ الدّارِ وكَلامِ زيدٍ وقُدومِ عَمْرٍو ونحوِ ذلك بأنْ يقول لعبدِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ أو إنْ كلّمْت فُلانًا أو إذا قَدِمَ فُلانٌ ونحوُ ذلك فإنّه تَعليقٌ صورةً ومعنًى لوجودِ حَرْفِ التّعليقِ والجزاءِ، وهذا النّوعُ من التّعليقِ لا يصحُّ إلاّ في الملكِ حتّى لو قال لعبدٍ لا يملِكُه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ ثُمّ اشتَراه فدخلَ الدّارَ لا يعتِقُ؛ لأنّ تَعليقَ العتقِ بالشّرطِ ليس إلاّ إثباتَ العتقِ عندَ وجودِ الشّرطِ لا مَحالةَ، ولا عِتْقَ بدونِ الملكِ ولا يوجدُ الملكُ عندَ وجودِ الشّرطِ إلاّ إذا كان موجودًا عندَ [٢] التّعليقِ؛ لأنّ الظّاهرَ بقاؤُه إلى وقتِ الشّرطِ، وإذا لم يكنْ موجودًا وقتَ التّعليقِ؛ كان الظّاهرُ عَدَمَه عندَ وجودِ الشّرطِ فلا يَثْبُتُ العتقُ عندَ وجودِه [٣] لا مَحالةَ ولأنّ اليمينَ بغيرِ اللّه عَزّ وجَلّ شرطٌ وجَزاءٌ والجزاءُ ما يكونُ غالِبَ الوجودِ عندَ وجودِ الشّرطِ أو مُتيَقّنَ الوجودِ عندَ وجودِه لتَحْصيلِ معنى اليمينِ وهو التّقَوّي على الامتِناعِ أو على التّحْصيلِ فإذا كان الملكُ ثابتًا وقتَ التّعليقِ؛ كان الجزاءُ غالِبَ الوجودِ عندَ وجودِ الشّرطِ؛ لأنّ الظّاهرَ بقاءُ الملكِ إلى وقتِ وجودِ الشّرطِ فيَحْصُلُ معنى اليمينِ .

وكذا إذا أضافَ اليمينَ [٤] إلى الملكِ أو سببه، كان [٥] الجزاءُ مُتيَقّنَ الوجودِ عندَ وجودِ الشّرطِ، أما إذا لم يكن الملك موجودًا وقت اليمين ولا وجدت الإضافة إلى الملك وسببه، لم يكن الجزاءُ غالبَ الوجود عند وجود الشرط، ولا متيقن الوجود عند وجوده، بل كان محتمل الوجود والعدم احتمالاً على السواء، بل كان محتمل العدم؛ لأنه معدوم الحال، فكان الظاهر بقاءه على العدم؛ لأنه معدوم للحال، فلا يحصل معنى اليمين حتى

---

(١) في المخطوط: «فأما التعليق».
(٢) في المخطوط: «وقت».
(٣) في المخطوط: «وجود الشرط».
(٤) في المخطوط: «العتق».
(٥) في المخطوط: «لأن».

لو قال لعبد لا يملكه : إن دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ، يصح حتى لو اشتراه فدخل الدار يعتق لوجود الإضافة إلى الملك ، فكان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط ، فيَحْصُلُ معنى اليمينِ فتَنْعَقِدُ اليمينُ ، ثُمّ إذا وُجِدَ التّعليقُ في الملكِ حتّى صَحّ ؛ فالعبدُ على ملكِه في جميعِ الأحْكامِ قبل وجودِ الشّرطِ ، وإذا وُجِدَ الشّرطُ وهو في ملكِه يعتِقُ ، وإنْ لم يكنْ في ملكِه تَنْحَلُ اليمينُ لا إلى جَزاءٍ حتّى لو قال لعبدِه : إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فباعَه قبل دُخولِ الدّارِ [فدخلَ الدّارَ ، وهو ليس في ملكِه] [1] يَبْطُلُ اليمينُ ، ولو لم يدخل [الدار] [2] حتّى اشتَراه ثانيًا فدخلَ الدّارَ عَتَقَ ؛ لأنّ اليمينَ لا يَبْطُلُ بزوالِ الملكِ ؛ لأنّ في بقائها فائدةً لاحتمالِ العوْدِ بالشّراءِ وغيرِه من أسباب الملكِ إلاّ أنّه لم يَنْزِلِ الجزاءُ عندَ الشّرطِ لعَدَمِ الملكِ فإذا عادَ الملكُ واليمينُ قائمٌ عَتَقَ على ما ذَكَرْنا في الطّلاقِ .

وَلو قال لعبدِه : إنْ بعْتُك فأنتَ حُرٌّ فباعَه بيعًا صَحيحًا لا يعتِقُ لعَدَمِ الملكِ له فيه عندَ الشّرطِ ، ولو باعَه بيعًا فاسِدًا وهو في يَدِه ؛ حَنِثَ لوجودِ الملكِ له فيه ، ولو كان التّعليقُ في الملكِ بشرطَيْنِ يُراعَى قيامُ الملكِ عندَ وجودِ الشّرطِ الأخيرِ عندَنا خلافًا لزُفَرَ حتّى لو قال لعبدِه : إنْ دخلت هذَيْنِ الدّارَيْنِ فأنتَ حُرٌّ فباعَه قبل الدُّخولِ فدخلَ إحدى الدّارَيْنِ ثُمّ اشتَراه فدخلَ الدّارَ الأُخرى يعتِقُ [3] عندَنا ، وعندَ زُفَرَ : لا يعتِقُ ، والمسألةُ مَرّتْ في كِتاب الطّلاقِ .

وَلو قال لعبدِه : إنْ دخلت الدّارَ ، فأنتَ حُرٌّ إنْ كلّمْت فُلانًا ، يُعْتَبَرُ قيامُ الملكِ عندَ الدُّخولِ أيضًا ؛ لأنّه جعل الدُّخول شرطَ انعِقادِ اليمينِ واليمينُ بالعتاقِ لا تَنْعَقِدُ إلاّ في الملكِ أو مُضافةً إلى الملكِ أو [بسببه] [4] كأنّه قال له عندَ الدُّخولِ : إنْ كلّمْت فُلانًا فأنتَ حُرٌّ .

ولو قال لعبدِه أنتَ حُرٌّ إنْ شئت أو أحْبَبْت أو رَضيت أو هَوَيْت أو قال لأمَتِه إنْ كُنْتِ تُحِبّيني أو تُبْغِضيني أو إذا حِضْت فأنتِ حُرّةٌ فالجوابُ فيه كالجواب في الطّلاقِ وقد ذَكَرْنا هذه المسائلَ وأخَواتِها في كِتاب الطّلاقِ .

---

(١) ليست في المخطوط .
(٢) زيادة من المخطوط .
(٣) في المخطوط : «عتق» .
(٤) ليست في المخطوط .

وَلو قال: أنتَ حُرٌّ إنْ لم يَشَأ فُلانٌ فإنْ قال فُلانٌ: شئت في مجلسِ علمِه لا يعتِقُ لعَدَمِ شرطِه، وإنْ قال: لا أشاءُ؛ يعتِقُ لكنْ لا بقولِ: لا أشاءُ؛ لأنّ له أنْ يَشاء في المجلسِ بل لبُطْلانِ المجلسِ بإعراضِه واشتِغالِه بشيءٍ آخَرَ بقولِه لا أشاءُ . ألا تَرَى أنّه إذا [٢/ ١٦٠أ] قال: إنْ لم يَشَأ فُلانٌ اليومَ؛ فأنتَ حُرٌّ فقال فُلانٌ: شئت لا يعتِقُ، ولو قال: لا أشاءُ لا يعتِقُ؛ لأنّ له أنْ يَشاء بعدَ ذلك ما دامَتِ المُدّةُ باقيةً إلاّ إذا مضى اليومُ ولم يَشَأ فحينئذٍ يعتِقُ .

ولو عَلّقَ بمَشيئةِ نفسِه فقال: أنتَ حُرٌّ إنْ شئت أنا، فما لم توجَدِ المشيئةُ منه في عُمُرِه لا يعتِقُ، ولا يُقْتَصَرُ على المجلسِ؛ لأنّ هذا ليس بتَفْريقٍ [1]؛ إذِ العتاقُ بيَدِه .

ولو قال: أنتَ حُرٌّ إنْ لم تَشَأ، فإنْ قال: شئت لا يعتِقُ؛ لعَدَمِ الشّرطِ وإنْ قال: لا أشاءُ لا يعتِقُ؛ لأنّ العدَمَ لا يتحقّقُ بقولِه: لا أشاءُ؛ إذْ له أنْ يَشاء بعدَ ذلك إلى أنْ يموتَ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك اقْتَصَرَ على المجلسِ فإذا قال: لا أشاءُ فقد أعرَضَ عن المجلسِ وههنا لا يقتَصِرُ على المجلسِ فلَه أنْ يَشاء بعدَ ذلك حتّى يموتَ فإذا مات فقد تَحقّقَ العدَمُ فيعتِقُ قبل موتِه بلا فصلٍ ويُعْتَبَرُ من ثُلُثِ المالِ كوُقوعِ العتقِ في المرَضِ إذِ الموتُ لا يَخْلو عن مُقَدّمةِ مَرَضٍ .

ولو قال: أنتَ حُرٌّ غَدًا إنْ شئت فالمشيئةُ في الغدِ فإنْ شاء في الحالِ لا يعتِقُ ما لم يَشَأ في الغدِ .

ولو قال: أنتَ حُرٌّ إنْ شئت غَدًا فالمشيئةُ إليه في الحالِ فإذا شاء في الحالِ عَتَقَ غَدًا لأنّ في الفصلِ الأوّلِ عُلّقَ الإعتاقُ المُضافُ إلى الغدِ بالمشيئةِ فيقتَضي المشيئةَ في الغدِ وفي الفصلِ الثّاني أضافَ الإعتاقَ المُعَلّقَ بالمشيئةِ إلى الغدِ فيقتَضي تَقَدُّمَ المشيئةِ على الغدِ .

ورُوِيَ عن ابي حنيفة انه قال: المشيئةُ في الغدِ في الفصلَيْنِ جميعًا وقال زُفَرُ: المشيئةُ إليه للحالِ في الفصلَيْنِ جميعًا، وَمن هذا القبيلِ قولُ الرّجُلِ لعبدِه إنْ أدّيت إلَيّ ألفًا فأنت حُرٌّ؛ لأنّه تَعليقٌ صورةً ومعنًى لوجودِ الشّرطِ والجزاءِ فيصحُّ في الملكِ ويتعلّقُ العتقُ

---

(١) في المخطوط: «بتعويض».

بوجودِ الشّرطِ وهو الأداءُ إليه [في ملكِه] [١] فإذا جاءَ بألفٍ وهو في ملكِه وخَلّى بينه وبين الألفِ [عتق] [٢] شاء المولى أو أبَى وهو تَفْسيرُ الجبْرِ على القبول [٣] إلاّ أنّ القاضيَ يَجْبُره على القبْضِ بالحبْسِ كذا فسّرَه محمّدٌ فقال: إنّ العبدَ إذا أحْضَرَ المالَ بحيثُ يتمَكّنُ المولى (من القبْضِ) [٤] عَتَقَ وهذا استِحْسانٌ، والقياسُ أنْ لا يعتِقَ ما لم يقبضْ أو يقبل، وهو قولُ زُفَرَ.

وَجهُ القياسِ: أنّه عَلّقَ العتقَ بشرطِ الأداءِ إليه، ولا يتحقّقُ الأداءُ إليه إلاّ بالقبْضِ ولم يوجدْ [فلا يعتِقُ] [٥] كما لو [٦] قال: إنْ أدّيْت إلَيّ عبدًا فأنتَ حُرٌّ فجاءَ بعبدٍ رَديءٍ وخَلّى بينه وبينه لا يعتِقُ، ولو [٧] قَبلَ يعتِقُ، وكذا إذا قال: إنْ أدّيْت إلَيّ كُرًّا من حِنْطةٍ فأنتَ حُرٌّ فأدّى كُرًّا من حِنطةٍ رَديئةٍ ولو قَبلَ يعتِقُ، وكذا إذا قال: إنْ أدّيْت إلَيّ ثوْبًا أو دابّةً، فأتَى بثوْبٍ مُطْلَقٍ أو دابّةٍ مُطْلَقةٍ لا يعتِقُ بدونِ القبولِ، وكذا إذا قال: إنْ أدّيْت إلَيّ ألفًا أحُجُّ بها أو حَجَجْت بها لا يعتِقُ بتَسْليمِ الألفِ [إليه] [٨] ما لم يقبل، وكذا إذا قال: إنْ أدّيْت إلَيّ هذا الدّنّ من الخمْرِ لا يعتِقُ بالتّخْليةِ [بدونِ القبولِ] [٩].

وَجهُ الاستِحْسانِ: أنّ أداءَ المالِ إلى الإنسانِ عِبارةٌ عن تَسْليمِه إليه قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء:٥٨] أي: تُسَلِّموا وقال سبحانه وتعالى خَبَرًا عن نَبيِّه موسَى عليه الصلاة والسلام: ﴿أَنۡ أَدُّوٓاْ إِلَيَّ عِبَادَ ٱللَّهِۖ﴾ [الدخان:١٨] أي سَلِّموا وتَسْليمُ الشّيءِ عِبارةٌ عن جَعْلِه سالِمًا خالِصًا لا يُنازِعُه فيه أحدٌ وهذا يَحْصُلُ بالتّخْليةِ ولهذا كانتِ التّخْليةُ تَسْليمًا في الكِتابةِ وكذا في المُعاوَضاتِ المُطْلَقةِ فلا يُحتاجُ فيه إلى القبْضِ كما لا يُحْتاجُ إليه في الكِتابةِ والمُعاوَضاتِ المُطْلَقةِ مع ما أنّ التّخْليةَ تَتَضَمّنُ القبْضَ؛ لأنّها تُفيدُ التّمَكُّنَ من التّصَرُّفِ وهو تَفْسيرُ القبْضِ لا الجعْلِ [في] [١٠] البراجِمِ كما في سائرِ المواضِعِ.

وأمّا المسائلُ فهناك لم يوجدِ الشّرطُ أمّا مسألةُ العبدِ؛ فلأنّه [١١] وإنْ ذُكِرَ العبدُ مُطْلَقًا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «القول».
(٤) في المخطوط: «من قبضه».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «إذا».
(٧) في المخطوط: «وإن».
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) زيادة من المخطوط.
(١١) في المخطوط: «فإنه».

فإنّما أرادَ به المُقيّدَ وهو العبدُ المرغوبُ فيه [١] لا ما يَنطَلِقُ عليه اسمُ العبدِ عُلِمَ ذلك بدَلالةِ حالِه فلا يعتِقُ بأداءِ الرّديءِ فإذا قَبلَ يعتِقُ؛ لأنّه إذا قَبلَ تبيّنَ أنّه ما أرادَ به المُقيّدَ بَلِ المُطْلَقَ وعُلِمَ أنّ له فيه غَرَضًا آخَرَ في الجملةِ فلا تُعْتَبَرُ الدّلالةُ مع الصّريحِ بخلافِه حتّى لو أتَى بعبدٍ جَيّدٍ أو وسَطٍ وخَلّى يعتِقُ وهو الجوابُ في [٢] مسألةِ الكُرِّ .

وأمّا مسألةُ الثوب: فثَمّ [٣] لا يعتِقُ ما لم يقبل، ولا يعتِقُ بأداءِ الوسَطِ؛ لأنّ الثّيابَ أجناسٌ مُختَلِفةٌ وأنواعٌ مُتَفاوِتةٌ واسمُ الثّوب يقعُ على كُلِّ ذلك على الانفِرادِ من الدّيباجِ والخزِّ والكتّانِ والكِرْباسِ [٤] والصّوفِ وكُلِّ جِنْسٍ تحتَه أنواعٌ فكان الوسَطُ مجهولاً جَهالةً مُتَفاحِشةً ولا يقعُ على أدنى الوسَطِ من هذه الأجناسِ كما لا يقعُ على أدنى الرّديءِ؛ لأنّ قيمةَ أدنى الوسَطِ وهو الكِرْباسُ وهو ثَوْبٌ تُسْتَرُ [٥] به العوْرةُ مِمّا لا يُرْغَبُ فيه بمُقابَلةِ إزالةِ الملْكِ عن عبدٍ قيمَتُه ألفٌ، ومَتَى بقيَ مجهولاً لا تَنْقَطِعُ المُنازَعةُ فلا يتحقّقُ التّسْليمُ والتّخْليةُ حتّى لو قال: إنْ أدّيْت إلَيّ ثَوْبًا هَرَويًّا فأنتَ حُرٌّ يقعُ على الوسَطِ وإذا جاءَ به يُجْبَرُ على [٢/ ١٦٠ب] القبولِ وكذا الجوابُ عن مسألةِ الدّابّةِ؛ لأنّ الدّوابّ أجناسٌ مُخْتَلِفةٌ تحتَها أنواعٌ مُتَفاوِتةٌ واسمُ الدّابّةِ يقعَ على كُلِّ ذلك على الانفِرادِ حتّى لو قال: إنْ أدّيْت إلَيّ فرَسًا فأنتَ حُرٌّ فقد قالوا: إنّه يقعُ على الوسَطِ ويُجْبَرُ على القبولِ .

وأمّا مسألةُ الحجّ: ففيها تَفْصيلٌ: إنْ قال: إنْ أدّيْت إلَيّ ألْفًا فحَجَجْت بها [أو قال: وحَجَجْت بها] [٦] فأتَى بالألفِ لا يعتِقُ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بشرطَيْنِ فلا يعتِقُ [٧] بوجودِ أحدِهما، ولو قال: إنْ أدّيْت إلَيّ ألْفًا أحُجُّ بها يعتِقُ إذا خَلّى ويكونُ قولُه: أحُجُّ بها، لبيانِ الغرَضِ تَرْغيبًا للعبد [٨] في الأداءِ حيثُ يصيرُ كسْبُه مَصْروفًا إلى طاعةِ اللّه تعالى لا على سبيلِ الشّرطِ .

ومسألةُ الخمرِ: لا رِوايةَ فيها ولكنْ ذُكِرَ في الكِتابةِ أنّه إذا كاتَبَ عبدَه على دَنٍّ من خمرٍ أو على كذا عَدَدٍ من الخنازيرِ على أنّه مَتَى أتَى بها فهو حُرٌّ فقَبلَ؛ يكونُ كِتابةً فاسِدةً فلو جاءَ

---

(١) في المخطوط: «إليه».
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) في المخطوط: «قيمة».
(٤) الكِرْباس: فارسي معرب، وهو القُطْن. انظر لسان العرب (٦/ ١٩٥).
(٥) في المخطوط: «يستر».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «يترك».
(٨) في المطبوع: «للعقد».

بها المُكاتَبُ وخَلّى بينه وبينها يعتِقُ لوجودِ الشّرطِ ويَلْزَمُه قيمةُ نفسِه فيجوزُ [١] أنْ يُقاسَ عليه، ويُقال: يعتِقُ ههنا بالتّخْليةِ أيضًا:

وقال بعضُ المشايخِ [٢]: إنّ العتقَ في هذا الفصلِ ثَبَتَ من طريقِ المُعاوَضةِ لا بوجودِ الشّرطِ حقيقةً كما في الكِتابةِ، والصّحيحُ أنّه ثَبَتَ [٣] بوجودِ الشّرطِ حقيقةً كما في سائرِ التّعليقاتِ بشُروطِها لا بطريقِ المُعاوَضةِ، والمسائلُ تَدُلُّ عليها [٤]، فإنّه ذُكِرَ عن بشْرِ بنِ الوليدِ أنّه قال: سَمِعْت أبا يوسُفَ قال في رجلٍ قال لعبدِه: إذا أدّيْت إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ أو مَتَى أدّيْت أو إنْ [٥] أدّيْت: فإنّ أبا حنيفةَ قال: ليس هذا بمُكاتَبٍ وللمولى أنْ يَبيعَه وكذا قال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ.

فإنْ أدّى قبل أنْ يَبيعَه فإنّ أبا حنيفةَ وأبا يوسُفَ ومحمّدًا قالوا: يُجْبَرُ المولى على قَبولِه ويعتِقُ استِحْسانًا فإنْ مات المولى قبل أنْ يُؤَدّيَ الألفَ فالعبدُ رَقيقٌ يورَثُ مع أكسابه بخلافِ الكِتابةِ، ولو مات العبدُ قبل الأداءِ وترك مالاً فمالُه كُلُّه للمولى ولا يُؤَدّي عنه فيعتِقُ بخلافِ المُكاتَب، وإنْ بقيَ بعدَ الأداءِ في يَدِه مالٌ مِمّا اكتَسبه فهو للمولى بخلافِ المُكاتَب لأنّ المُكاتَبَ في يَدِ نفسِه ولا سبيلَ للمولى على أكسابه مع بقاءِ الكِتابةِ فبعدَ الحُرّيّةِ أولى.

وقالوا: إنّ المولى لو باعَه قبل الأداءِ صَحّ كما في قولِه لعبدِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ بخلافِ المُكاتَب فإنّه لا يجوزُ بيعُه من غيرِ رِضا المُكاتِب وإذا رَضِيَ تَنْفَسِخُ الكِتابة، ولو قال لعبدَيْنِ له: إنْ أدّيْتُما إلَيّ ألفًا فأنتُما حُرّانِ (فإنْ أدّى) [٦] أحدُهما حِصّتَه، لم [٧] يعتِقْ أحدُهما؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بأداءِ الألفِ ولم يوجدْ، وكذا إذا أدّى أحدُهما الألفَ كُلّها [٨] من عندِه؛ لأنّه جعل شرطَ عِتْقِهما أداءَهما جميعًا الألفَ ولم يوجدِ الألفُ فلا يعتِقانِ، كما إذا قال لهما: إنْ دخلتُما هاتَيْنِ الدّارَيْنِ فأنتُما حُرّانِ، فدخلَ أحدُهما لا يعتِقُ ما لم يدخلِ الآخَرُ، وإنْ أدّى أحدُهما الألفَ [كُلّها] [٩] وقال: خمسُمائةٍ من عندي وخمسُمائةٍ

---

(١) في المخطوط: «فيجب».
(٢) في المخطوط: «مشايخنا».
(٣) في المخطوط: «متى يثبت».
(٤) في المخطوط: «عليه».
(٥) في المخطوط: «إذا».
(٦) في المخطوط: «فأدى».
(٧) في المخطوط: «لا».
(٨) في المخطوط: «كله».
(٩) ليست في المخطوط.

أُخرى بَعَثَ بها (صاحِبي ليُؤَدّيها) [١] إلَيْك عُتِقا [جميعًا] [٢] لوجودِ الشّرطِ وهو أداءُ الألفِ منهما: حِصّةُ أحدِهما بطريقِ الأصالةِ، وحِصّةُ الآخرِ بطريقِ النّيابةِ؛ لأنّ هذا بابٌ تُجْزِئُ فيه النّيابةُ فقامَ أداؤُه مقامَ أداءِ صاحِبه، ولو أدّى عنهما رجلٌ آخَرُ لم يعتِقا؛ لعَدَمِ الشّرطِ وهو أداؤُهما.

وأمّا إذا أدّى الأجنبيُّ الألفَ وقال: أُؤَدّيها إلَيْك على أنّهما حُرّانِ فقبلَها المولى على ذلك عَتَقا؛ لأنّ هذا بمنزلةِ التّعليقِ بشرطٍ آخَرَ مع الأجنبيِّ كأنّه قال له: إنْ أدّيْت إلَيّ ألفًا فعبدي حُرٌّ ويُرَدُّ المالُ إلى المولى؛ لأنّ المولى لا يَسْتَحِقُّ المالَ بعِتْقِ عبدِه على [٣] الغيرِ، ولأنّ مَنْفَعةَ هذا العتقِ تَحْصُلُ له، فلا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقّ بذلك [٤] على الغيرِ مالاً بخلافِ ما إذا قال لآخَرَ [٥]: طَلِّقِ امرأتَك على ألفي هذه ودفَعَ إليه فطَلّقَ أنّ الألفَ تكونُ للمُطَلِّقِ؛ (لأنّ الزّوجَ) [٦] لم يَحْصُلْ له بالطّلاقِ مَنْفَعةٌ (إذْ هو) [٧] إسقاطُ (حقه، والأجنبي) [٨] صار مُتَبَرِّعًا عنها بذلك، فأشبَهَ (ما إذا) [٩] قضَى عنها دَيْنًا بخلافِ العتقِ؛ لأنّه حَصَلَتْ [١٠] للمولى مَنْفَعةٌ وهو الولاءُ فلا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقّ بَدَلاً على الغيرِ.

ولو أدّاها الأجنبيُّ وقال: هما أمَراني أنْ أُؤَدّيها عنهما فقبلَها المولى عَتَقا لوجودِ الشّرطِ لأنّه يجوزُ أنْ يكونَ الرّجُلُ رسولاً عنهما فأداءُ الرّسولِ أداءُ المُرْسِلِ فإنْ أدّى العبدُ من مالٍ اكتَسبه قبل القبولِ عَتَقَ؛ لوجودِ الشّرطِ ويرجعُ المولى عليه بمثلِه؛ لأنّ المولى ما أذِنَ له بالأداءِ من هذا الكسْبِ؛ لأنّ الإذنَ (ثَبَتَ بمُقْتَضَى القبولِ) [١١]، والكسْبُ كان قبلَ القبولِ [١٢] فصار بمنزلةِ المغْصوبِ بأنْ غَصَبَ ألفًا من رجلٍ وأدّى ولم يُجِزِ المغْصوبُ منه أداءَه فإنّ العبدَ يعتِقُ لوجودِ الشّرطِ وللغاصِب أنْ يَسْتَرِدّ المغْصوبَ وللمولى أنْ يرجعَ على العبدِ بمثلِها وإنْ أدّى [من] [١٣] مالٍ اكتَسبه بعدَ القبولِ؛ صَحّ الأداءُ وعَتَقَ العبدُ ولا يرجعُ المولى على العبدِ بمثلِه بعدَ العتقِ استِحْسانًا، والقياسُ أنْ

---

(١) في المخطوط: «إلي حتى أؤديها».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «قبل».
(٤) في المخطوط: «به».
(٥) في المخطوط: «لغيره».
(٦) في المخطوط: «لأنه».
(٧) في المخطوط: «لأنه».
(٨) في المطبوع: «حق الأجنبي».
(٩) في المخطوط: «ما لو».
(١٠) في المخطوط: «حصل».
(١١) في المخطوط: «يثبت مقتضى القول».
(١٢) في المخطوط: «القول».
(١٣) ليست في المخطوط.

يرجعَ؛ لأنّه [٢/ ١٦١أ] أدّى مالَ المولى فيرجعُ عليه كما لو اكتَسبه قبل القبولِ بخلافِ المُكاتَب؛ لأنّه أدّى من مالِ نفسِه لأنّ اكتِسابَه ملكُه إلاّ أنّهم استَحْسَنوا فقالوا: إنّه لا يرجعُ؛ لأنه أدّى بإذنِ المولى فكان إقدامُه على هذا القبولِ [١] إذنًا له بالتِّجارةِ دَلالةً؛ لأنّه لا يُتَوَصّلُ إلى أداءِ الألفِ إلاّ بالتِّجارةِ فيصيرُ مأذونًا في التِّجارةِ فقد حَصَلَ الأداءُ من كسْبٍ هو مأذونٌ في الأداءِ منه من جِهةِ المولى فلا يَسْتَحِقُّ الرُّجوعَ عليه أو نَقولُ: الكسْبُ الحاصِلُ بعدَ القبولِ ليس على حُكمِ ملكِ المولى في القدرِ الذي يُؤَدّي ككَسْب المُكاتَب فصار من هذا الوجه كالمُكاتَب، ولو كانت هذه أمةً فولَدَتْ ثُمّ أدّتْ لم يعتِقْ ولدُها بخلافِ المُكاتَبةِ إذا ولدَتْ ثُمّ أدّتْ فعتَقَتْ أنّه يعتِقُ ولدُها .

وَلو قال العبدُ للمولى: حُطّ عَنّي مائةً فحَطّ عنه فأدّى تِسْعَمائةٍ لم يعتِقْ؛ لأنّ الشّرطَ لم يوجدْ بخلافِ الكِتابةِ، فإنّ العتقَ فيها يَثْبُتُ بطريقِ المُعاوَضةِ، والحطُّ يُلْتَحقُ بأصلِ العفوِ في المُعاوَضاتِ كالبيعِ، وكذا لو أدّى مَكان الدّراهمِ دَنانيرَ لا يعتِقُ وإنْ قَبلَ لعَدَمِ الشّرطِ .

وَلو قال لعبدِه: إنْ خَدَمْتَني سَنةً فأنتَ حُرٌّ، فخَدَمَه أقَلّ من سَنةٍ [٢] لم يعتِقْ حتّى يُكمِلَ خدمَتَه سنة، وكذا إنْ صالَحه من الخدمةِ على (دراهمَ أو من) [٣] الدّراهمِ التي جعل عليه على دَنانيرَ، وكذا إذا قال [له] [٤]: اخدِم أولادي سَنةً وأنتَ حُرٌّ، فمات بعضُهم قبل تَمامِ السّنةِ لم يعتِقْ وهذا كُلُّه دَليلٌ على أنّ العتقَ ثَبَتَ بوجودِ الشّرطِ حقيقةً فلا يختلِفُ الحُكمُ فيه بالرِّضا وعَدَمِه وإسقاطِ بعضِ الشّرطِ كما في سائرِ الأزْمانِ ألا يَرَى أنّه إذا قال له: إنْ دخلت هاتَيْنِ الدّارَيْنِ فأنتَ حُرٌّ فدخلَ إحداهما وقال المولى: أسقَطْت عنك دُخول [الدار] [٥] الأُخرى لا يَسْقُطُ كذا هذا.

وَلو أبْرأ المولى العبدَ من [٦] الألفِ لم يعتِقْ لعَدَمِ الشّرطِ وهو الأداءُ ولو أبْرأ المُكاتَبَ عن بَدَلِ الكِتابةِ يعتِقُ .

وَذَكَرَ محمّدٌ في الزّياداتِ أنّه إذا قال لعبدة: إنْ أدّيْت لي ألفًا في كيسٍ أبْيَضَ فأنتَ حُرٌّ فأدّاها في كيسٍ أسوَدَ لا يعتِقُ، وفي الكِتابةِ يعتِقُ وهذا نصٌّ على أنّ [العتق] [٧] ههنا يَثْبُتُ

---

(١) في المخطوط: «القول».

(٢) زاد في المخطوط: «ويجوز الوالي عما بقى».

(٣) في المخطوط: «على دنانير أو عن».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) في المخطوط: «عن».

(٧) زيادة من المخطوط.

بوجودِ الشّرطِ لا من طريقِ المُعاوَضةِ بخلافِ الكِتابةِ وإنْ باعَ هذا العبدَ ثُمّ اشتَراه وأدّى إليه يُجْبَرُ على القبولِ عندَ أبي يوسُفَ وقال محمّدٌ في الزّياداتِ: لا يُجْبَرُ على قَبولِها فإنْ قَبِلَها عَتَقَ، وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويّ أنّه لا يُجْبَرُ على القبولِ ولم يَذْكُرِ الخلافَ وعلى هذا إذا رَدّه عليه بعَيْبٍ أو خيارٍ.

وجه قولِ أبي يوسُفَ ظاهرٌ مُطّرِدٌ على الأصلِ؛ (لأنّ عِتقَه تَعلّقَ) [1] بالشّرطِ، والجزاءُ لا يتقيّدُ بالملكِ القائمِ فكان حُكمُه في الملكِ الثّاني كحُكمِه في الملكِ الأوّلِ كما في قولِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فباعَه ثُمّ اشتَراه فدخلَ.

وأمّا الوجه لمحمّدٍ فهو أنّ دَلالةَ الحالِ دَلّتْ على التّقْييدِ بالملكِ القائمِ ظاهرًا؛ لأنّ غَرَضَه من التّعليقِ بالأداءِ تَحْريضُه على الكسْب ليصِلَ إليه المالُ، وذلك في المال [2] القائمِ وأكّدَ ذلك بوجودِ العتقِ المُرَغّب له في [3] الكسْب مع احتمالِ أنّ المُرادَ منه مُطْلَقُ الملكِ فإذا أتَى بالمالِ بعدَما باعَه واشتَراه فلم يقبل لا يعتِقُ لتَقَيُّدِه بالملكِ القائمِ ظاهرًا بدَلالةِ الحالِ وإذا قَبلَ يعتِقُ؛ لأنه تَبيّنَ أنّ المُرادَ منه المُطْلَقُ.

وَلو قال لأمَتِه: إذا أدّيْت إلَيّ ألفًا كُلّ شهرٍ مائةً فأنتِ حُرّةٌ فقَبِلَتْ ذلك فليس هذا بكِتابةٍ وله أنْ يَبيعَها ما لم تُؤَدَّ وإنْ كسَرَتْ شهرًا لم تُؤَدَّ إليه ثُمّ أدّتْ إليه في غيرِ ذلك الشّهرِ لم تعتِقْ كذا ذُكِرَ في رِوايةِ أبي حَفْصٍ [وهِشام] [4]، وذَكَرَ في رِوايةٍ أُخرى وقال: هذه مُكاتَبَةٌ وليس له أنْ يَبيعَها، وإنْ كسَرَتْ شهرًا واحدًا ثُمّ أدّتْ في غيرِ ذلك الشّهرِ كان جائزًا، وجه هذه الرّوايةِ أنّه أدخَلَ فيه الأجَلَ فدَلّ أنّه كِتابةٌ .

وجه رِوايةِ أبي حَفصٍ: أنّ هذا تَعليقُ العتقِ بشرطٍ في وقتٍ وهذا لا يَدُلُّ على أنّه كِتابةٌ كما لو قال لها: إنْ دخلت دارَ فُلانٍ اليومَ أو دارَ فُلانٍ غَدًا فأنتِ حُرّةٌ لا يكونُ ذلك كِتابةً [وإنْ أدخَلَ الأجَلَ فيه] [5].

والدّليلُ على أنّ الصّحيحَ هذه الرّوايةُ: أنّه إذا قال لها: إذا أدّيْت إلَيّ ألفًا في هذا الشّهرِ فأنتِ حُرّةٌ فلم تُؤَدّها في ذلك الشّهرِ وأدّتْها في غيرِه لم تعتِقْ، ولو كان ذلك كِتابةً لَما بَطَلَ

---

(١) في المخطوط: «لأنه عتق معلق».
(٢) في المطبوع: «المال».
(٣) في المخطوط: «على».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.

ذلك إلاّ بحُكمِ الحاكِمِ أو بتَراضيهما فدَلّ أنّ هذا ليس بكِتابةٍ بل هو تَعليقٌ بشرطٍ [1] لكنْ بوقتٍ دونَ وقتٍ ثُمّ التّعليقُ بالأداءِ هل يقتَصِرُ على المجلسِ؟ فإنْ قال: مَتَى أدّيْت أو مَتَى ما أدّيْت [أو حيث أديت أو حيثما أديت أو إذا أديت] [2] أو إذا ما أدّيْت فلا شَكّ أنّ هذا كُلّه لا يقتَصِرُ على المجلسِ؛ لأنّ في هذه الألفاظِ معنى الوقتِ .

وإنْ قال: إنْ أدّيْت إلَيّ [٢/ ١٦١ب] ذَكَرَ في الأصلِ أنّه يُقْتَصَرُ على المجلسِ، وظاهرُ ما رَواه بشْرٌ عن أبي يوسُفَ يَدُلُّ أنّه لا يقتَصِرُ على المجلسِ، فإنّه قال في رِوايةٍ عن أبي يوسُفَ: إنّه قال في رجلٍ قال لعبدِه: إن [3] أدّيْت إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ، أو مَتَى أدّيْت أو إنْ أدّيْت فقد سَوّى بين هذه الكلِماتِ ثُمّ في كلِمةِ: إذا أو مَتَى لا يقتَصِرُ على المجلسِ فكذا في كلِمةِ إنْ .

وكذا ذَكَرَ بشْرٌ ما يَدُلُّ عليه فإنّه قال عَطْفًا على رِوايَتِه عن أبي يوسُفَ: إنّ المولى إذا باعَه ثُمّ اشتَراه، فأدّى المالَ عَتَقَ، ويَبْعُدُ أنْ يَنْفُذَ [4] البيعُ والشِّراءُ وأداءُ المالِ في مجلسٍ واحدٍ، وهذا يَدُلُّ على أنّ العتقَ لا يقتَصِرُ على المجلسِ في الألفاظِ كُلِّها والوجه فيه ظاهرٌ؛ لأنّه عِتْقٌ مُعَلّقٌ بالشّرطِ فلا يَقِفُ على المجلسِ كالتّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ من قولِه: إنْ دخلتَ الدّارَ فأنتَ حُرٌّ وغيرِ ذلك .

وجه رِوايةِ الأصلِ: أنّ العتقَ المُعَلّقَ بالأداءِ مُعَلّقٌ باختيارِ العبدِ فصار كأنّه قال: أنتَ حُرٌّ إنْ شئت ولو قال: إنْ شئت يقتَصِرُ على المجلسِ ولو قال: إذا شئت أو مَتَى شئت لا يقتَصِرُ [على المجلسِ] [5] كذا ههنا، وسَواءٌ أدّى الألفَ جملةً واحدةً أو على التّفاريقِ: (خمسةً وعشرةَ وعِشْرينَ) [6] أنّه يُجْبَرُ على القبولِ حتّى إذا تَمّ الألفُ يعتِقُ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بأداءِ الألفِ مُطْلَقًا وقد أدّى .

ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ فيمَنْ قال لعبدِه في مَرَضِه: إذا أدّيْت إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ وقيمةُ العبدِ ألفٌ فأدّاها من مالٍ اكتَسبه بعدَ القولِ فإنّه يعتِقُ من جميعِ المالِ استَحْسَنَ أبو حنيفةَ ذلك .

---

(١) في المخطوط: «بالشرط».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إذا».
(٤) في المخطوط: «يَنْفَقَ».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «خمسة وعشرين، خمسة وعشرين».

وقال زُفَرُ: يعتِقُ من الثُّلُثِ وهو القياسُ.

ووَجْهُه: أنّ الكسْبَ حَصَلَ على ملكِ المولى؛ لأنّه كسْبُ عبدِه فإذا أسقَطَ حقّه عن الرّقَبةِ [به] [(١)] كان مُتَبرّعًا فيُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ كما لو أعتَقَه ابتِداءً بخلافِ الكِتابةِ؛ لأنّ المولى لا يملِكُ أكسابَ العبدِ المُكاتَب فكان [(٢)] كسْبُه عِوَضًا عن الرّقَبةِ فيعتِقُ من جميعِ المالِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ القدرَ الذي يُؤدّى من الكسْب الحاصِلِ بعدَ القولِ ليس على ملكِ المولى ككَسْب المُكاتَب؛ لأنّ المولى أطْمعه العتقَ بأدائه إليه فصار تَعليقُ العتقِ به سببًا داعيًا إلى تَحْصيلِه فصار كسْبُه من هذا الوجه بمنزلةِ كسْب المُكاتَب.

ولو قال له: أدِّ إلَيّ ألفًا وأنتَ حُرٌّ فما لم يُؤَدِّ لا يعتِقُ؛ لأنّه أتَى بجَواب الأمرِ لأنّ جَوابَ الأمرِ بالواوِ فيقتَضي وجوبَ ما تَعَلّقَ بالأمرِ وهو الأداءُ.

ولو قال: أدِّ إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ فلا رِوايةَ في هذا وقيلَ هذا والأوّلُ سَواءٌ لا يعتِقُ إلاّ بأداءِ المالِ إليه لأنّ جَوابَ الأمرِ قد يكونُ بحَرْفِ الفاءِ ولو قال: أدِّ إلَيّ ألفًا أنتَ حُرٌّ يعتِقُ للحالِ أدّى أو لم يُؤَدِّ؛ لأنّه لم يوجدْ ههنا ما يوجِبُ تَعَلُّقَ العتقِ بالأداءِ حيثُ لم يأتِ بحَرْفِ الجواب، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَمن هذا القبيلِ إذا قال لأمَتِه: إنْ ولدْت ولدًا فهو حُرٌّ أو قال: إذا ولدْت ولدًا فهو حُرٌّ ويُعْتَبَرُ لصحّةِ قيامِ الملكِ في الأمةِ وقتُ التّعليقِ كما في قولِه: إنْ ولدْت ولدًا فأنتِ حُرّةٌ؛ لأنّ الملكَ إذا كان ثابتًا في الأمةِ وقتَ التّصَرُّفِ فالظّاهرُ بقاؤُه إلى وقتِ الوِلادةِ فلا حاجةَ إلى إضافةِ الوِلادةِ إلى الملكِ فيصحُّ [(٣)] فإذا صَحّ التّعليقُ فكُلُّ ولدٍ تَلِدُه في ملكِه يعتِقُ وإنْ ولدَتْ في غيرِ ملكِه لا يعتِقُ وتَبْطُلُ اليمينُ بأنْ ولدَتْ بعدَ ما مات المولى أو بعدَ ما باعَها ولو ضَرَبَ ضارِبٌ بَطْنَها فألقَتْ جَنينًا مَيّتًا؛ كان فيه ما في جَنينِ الأمةِ لأنّ الحُرّيّةَ تَحْصُلُ بعدَ الوِلادةِ، والضّرْبُ حَصَلَ قبل الوِلادةِ فكان عبدًا فلا يجبُ ضَمانُ الحُرِّ.

ولو قال: إذا حَمَلْت بوَلَدٍ فهو حُرٌّ كان فيه ما في جَنينِ الحُرّةِ؛ لأنّ الحُرّيّةَ [هاهنا] [(٤)]

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فصار».
(٣) في المخطوط: «ليصح».
(٤) زيادة من المخطوط.

تَحْصُلُ منها للحَمْلِ فالضَّرْبُ صادَفَه وهو حُرٌّ إلاّ أنّا لا نحكُمُ به ما لم تَلِدْ؛ لأنّا لا نَعْلَمُ بوجودِه فإذا ألقَتْ فقد عَلِمْنا بوجودِه وقتَ الضَّرْب .

فإنْ قِيلَ: الحُرّيّةُ لا تَثْبُتُ إلاّ بعدَ حُدوثِ الحياةِ فيه ولا نَعْلَمُ ذلك فكيف يُحْكَمُ بحُرّيّتِه؟ فالجوابُ أنّه: لَمّا حَكَمَ الشّرعُ بالأرشِ على الضّارِب فقد صار محكومًا بحُدوثِ الحياةِ فيه؛ لأنّ الأرشَ لا يجبُ إلا بإتْلافِ الحيِّ .

ولو باعَها المولى فوَلَدَتْ عندَ المُشْتَري قبل مُضيِّ سِتّةِ أشهرٍ كان الولدُ حُرًّا والبيعُ باطلاً [١]؛ لأنّا تَيَقّنّا أنّه باعَها والحمْلُ موجودٌ والحُرّيّةُ ثابتةٌ فيه وحُرّيّةُ الحمْلِ تمنَعُ جَوازَ بيعِ الأُمِّ لما مَرّ، وإنْ ولدَتْه لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لم يعتِقْ؛ لأنّا لم نَتَيَقّنْ بحُصولِ الولدِ يومَ البيعِ فلا يجوزُ فسْخُ البيعِ وإثباتُ الحُرّيّةِ [بالشك] [٢] .

وَلو قال لأمَتِه: إنْ كان أوّلُ ولدٍ تَلِدينَه غُلامًا فأنتِ حُرّةٌ فوَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً فهذا لا يَخْلو من أوجُهٍ: إمّا إنْ عُلِمَ أيُّهما وُلِدَ أوّلاً بأنِ اتّفَقَ المولى والأمةُ على أنّهما يعلَمانِ ذلك، وإمّا إنْ لم يُعْلم بأنِ اتّفَقا على أنّهما لا يعلَمانِ [ذلك] [٣]، وإمّا إنِ اختلَفا في ذلك. فإنْ عُلِمَ أيُّهما وُلِدَ أوّلاً فإنْ كان الغُلامُ هو الأوّلُ فهو رَقيقٌ؛ لأنّ المُعلّقَ بوِلادَتِه عِتْقُ الأُمِّ وهي إنّما تعتِقُ بعدَ الوِلادةِ [٢/ ١٦٢أ] فكان انفِصالُ الولدِ على حُكمِ الرِّقِّ فلا يُؤَثّرُ فيه عِتْقُ الأُمِّ وتعتِقُ الأُمُّ بوجودِ الشّرطِ (وتعتِقُ الجاريةُ بعِتْقِها) [٤] .

وإنْ كانتِ الجاريةُ هي الأولى لم [٥] يعتِقْ واحدٌ منهم لعَدَمِ شرطِ العتقِ وإنْ لم يُعْلم فالغُلامُ رَقيقٌ على كُلِّ حالٍ؛ لأنّه لا حالَ له في الحُرّيّةِ أصلاً سَواءٌ كان مُتَقَدِّمًا في الوِلادةِ أو مُتَأخِّرًا؛ لأنّه إنْ كان أوّلاً فذاكَ شرطُ عِتقِ أُمِّه لا شرطُ عِتْقِه، وعِتْقُ أُمِّه لا يُؤَثّرُ فيه لما بيّنّا .

وإنْ كانتِ الجاريةُ أوّلاً فوِلادَتُها لم تَجْعَلْ شرطَ العتقِ في حقِّ أحدٍ؛ فلم يكنْ للغُلامِ حالٌ في الحُرّيّةِ رأسًا فكان رَقيقًا على كُلِّ حالٍ . وأمّا الجاريةُ والأُمُّ فيعتِقُ من كُلِّ واحدةٍ منهما نصفُها وتَسْعَى في نصفِ قيمَتِها؛ لأنّ كُلّ واحدةٍ منهما تعتِقُ في حالٍ وتُرَقُّ في

---

(١) في المطبوع: «باطل».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ويعتق من الجارية نصفها».
(٥) في المخطوط: «لا».

حالٍ؛ لأنّ الغُلامَ إنْ كان أوّلاً عَتَقَتِ الأُمُّ والجاريةُ أمّا الأُمُّ فلِوجودِ شرطِ العتقِ فيها . وأمّا الجاريةُ فلِعِتْقِ الأُمِّ؛ لأنّ الأُمّ إذا عَتَقَتْ؛ عَتَقَتِ الجاريةُ بعِتْقِ الأُمِّ تبَعًا لها فعَتَقَتا جميعًا .

وإنْ كانتِ الجاريةُ أوّلا لا يعتِقانِ؛ لأنّه لم يوجدْ شرطُ العتقِ في الأُمِّ، وإذا لم تعتِقِ الأُمُّ؛ لا تعتِقُ الجاريةُ لأنّ عِتْقَها بعِتْقِها فإذًا هما يعتِقانِ في حالٍ ويُرَقّانِ في حالٍ فيتنصّفُ العتقُ فيهما فيعتِقُ من كُلِّ واحدةٍ منهما نصفُها على الأصلِ المعهودِ لأصحابنا في[1] اعتبارِ الأحوالِ عندَ اشتِباهها، والعمَلُ بالدّليلَيْنِ بقدرِ الإمكانِ .

ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّه يُسْتَحْلَفُ المولى على علمِه باللّه تعالى ما يعلَمُ الغُلامَ وُلِدَ أوّلاً فإنْ نَكَلَ عن اليمينِ عَتَقَتِ الأُمُّ وابنتُها وكان الغُلامُ عبدًا وإنْ حَلَفَ؛ كانوا جميعًا أرِقّاءَ وكذلك إذا لم يُخاصِمِ المولى حتّى مات وخوصِمَ وارِثُه [بعدَه][2] فأقَرّ أنّه لا يَدْري وحَلَفَ باللّه تعالى ما يعلَمُ الغُلامَ وُلِدَ أوّلا، رَقّوا[3] .

ووَجْه هذه الرِّوايةِ: أنّ الأحوالَ إنّما تُعْتَبَرُ عندَ تعَذُّرِ البيانِ والبيانُ ههنا مُمْكِنٌ بالرُّجوعِ إلى قولِ الحالِفِ فلا تُعْتَبَرُ الأحوالُ والجوابُ أنّه لا سبيلَ إلى البيانِ باليمينِ ههنا؛ لأنّ الخصْمَيْنِ مُتّفِقانِ على أنّهما لا يعلَمانِ الأوّلَ منهما فلا يجوزُ للقاضي أنْ يُكَلِّفَ المولى الحلِفَ على أنّه لا يعلَمُ الأوّلَ منهما مع تَصادُقِهما على ذلك، وإنِ اختَلَفا فالقولُ قولُ المولى: إنّ الجاريةَ هي الأولى، لأنّه يُنْكِرُ العتقَ .

ولو قال لأمَتِه: إنْ كان أوّلُ ولدٍ تَلِدينَه غُلامًا فأنتِ حُرّةٌ وإنْ كانت جاريةً فهي حُرّةٌ فوَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً فإنْ عُلِمَ أنّ الغُلامَ كان أوّلا عَتَقَتِ الأُمُّ والجاريةُ لا غيرُ .

أمّا الأُمُّ: فلِوجودِ الشّرطِ .

وأمّا الجاريةُ: فلِعِتْقِ الأُمِّ .

وأمّا رِقُّ الغُلامِ فلِانفِصالِه على حُكمِ الرِّقِّ فلا يُؤَثِّرُ فيه عِتْقُ الأُمِّ .

وإنْ عُلِمَ أنّ الجاريةَ كانت هي الأولى عَتَقَتْ[4] هي لا غيرُ، لأنّ المُعَلّقَ بولادَتِها عِتْقُها لا غيرُ وعِتْقُها لا يُؤَثِّرُ في [عِتْقِ][5] غيرِها وإنْ لم يُعْلَمْ أيُّهما أوّلُ فالجاريةُ حُرّةٌ

---

(١) في المخطوط: «من».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فهم رقيق».
(٤) في المخطوط: «أُعتقت».
(٥) زيادة من المخطوط.

على كُلِّ حالٍ والغُلامُ عبدٌ على كُلِّ حالٍ ويعتِقُ نصفُ الأُمِّ وتَسْعَى في نصفِ قيمَتِها .

أمّا حُرّيّةُ الجاريةِ على كُلِّ حالٍ فلأنّه لا حالَ لها في الرِّقِّ؛ لأنّ الغُلامَ إنْ كان أوّلاً عَتَقَتِ الجاريةُ؛ لأنّ أُمّها تعتِقُ فتُعْتَقُ هي بعِتْقِ الأُمِّ وإنْ كانتِ الجاريةُ أوّلاً فقد عَتَقَتْ لوجودِ شرطِ العتقِ في حقِّها فكانت حُرّةً على كُلِّ حالٍ .

وأمّا رِقُّ الغُلامِ على كُلِّ حالٍ: فلأنّه ليس له حالٌ في الحُرّيّةِ سَواءٌ وُلِدَ أوّلاً أو آخِرًا .

وأمّا الأُمُّ فإنّما يعتِقُ نصفُها؛ لأنّها تعتِقُ في حالٍ وتُرَقُّ في حالٍ لأنّ الغُلامَ إنْ كان (هو الأوّلُ) [١] تعتِقُ الأُمُّ والجاريةُ أيضًا بعِتْقِ الأُمِّ، وإنْ كانتِ الجاريةُ أوّلاً تعتِقُ الجاريةُ لا غيرُ؛ لأنّ المُعَلّقَ به عِتْقُها لا غيرُ وعِتْقُها لا يتعَدّى إلى عِتْقِ الأُمِّ فإذًا تعتِقُ الأُمُّ في حالٍ ولا تعتِقُ في حالٍ فيعتِقُ نصفُها اعتِبارًا للأحْوالِ وإنِ اختَلَفا فالقولُ قولُ المولى لما بيّنّا .

ولو قال لها: إنْ كان أوّلُ ولدٍ تَلِدينَه غُلامًا فهو حُرٌّ وإنْ كان جاريةً فأنتِ حُرّةٌ فوَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً فإنْ عُلِمَ أنّ الغُلامَ وُلِدَ أوّلاً عَتَقَ هو لا غيرُ وإنْ عُلِمَ أنّ الجاريةَ وُلِدَتْ أوّلاً عَتَقَتِ الأُمُّ والغُلامُ لا غيرُ وإنْ لم يُعْلم أيُّهما وُلِدَ أوّلاً فالغُلامُ حُرٌّ على كُلِّ حالٍ؛ لأنّه لا حالَ له في الرِّقِّ سَواءٌ كان أوّلاً أو آخِرًا، والجاريةُ رَقيقةٌ على كُلِّ حالٍ؛ لأنّه لا حالَ لها في الحُرّيّةِ تَقَدّمَتْ في الوِلادةِ أو تَأخّرَتْ لأنّ الغُلامَ إنْ كان هو الأوّلَ لا يعتِقُ إلاّ هو وإنْ كانتِ الجاريةُ هي الأولى لا تعتِقُ إلاّ الأُمُّ والغُلامُ فلم يكنْ للجاريةِ حالٌ في الحُرّيّةِ فبقيَتْ رَقيقةً والأُمُّ يعتِقُ منها نصفُها وتَسْعَى في نصفِ قيمَتِها؛ لأنّ الجاريةَ إنْ كانت هي الأولى تعتِقُ الأُمُّ كُلُّها وإنْ كان الغُلامُ هو الأوّلُ لا يعتِقُ شيءٌ منها فتعتِقُ في حالٍ ولا تعتِقُ في حالٍ فيعتِقُ نصفُها وتَسْعَى في النِّصفِ اعتِبارًا للحالَيْنِ وعَمَلاً بهما بقدرِ الإمكانِ وإنِ اختَلَفا فالقولُ [٢/ ١٦٢ب] قولُ المولى لما ذَكَرْنا .

هذا إذا ولدَتْ غُلامًا وجاريةً فأمّا إذا ولدَتْ غُلامَيْنِ وجاريتَيْنِ والمسألةُ بحالِها فإنْ عُلِمَ أوّلُهم أنّه ابنٌ، يعتِقُ [٢] هو لا غيرُ؛ لأنّ المُعَلّقَ عِتْقُه لا غيرُ يعتِقُ هو لا غيرُ عندَ وجودِ الشّرطِ، وإنْ عُلِمَ أنّه جاريةٌ فهي رَقيقةٌ ومَنْ سِواها أحْرارٌ؛ لأنّه جعل وِلادَتَها أوّلاً شرطَ حُرّيّةِ الأُمِّ فإذا وُجِدَ الشّرطُ عَتَقَتِ الأُمُّ ويعتِقُ كُلُّ مَنْ وُلِدَ بعدَ ذلك بعِتْقِ الأُمِّ تبَعًا لها وإنْ

---

(١) في المخطوط: «أولاً».

(٢) في المخطوط: «عُتِقَ».

لم يُعْلم مَنْ كان أوّلَهم يعتِقُ من الغُلامَيْنِ [من] [١] كُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةُ أرباعِه ويَسْعَى في رُبُعِ قيمَتِه، ويعتِقُ من الأمِّ نصفُها وتَسْعَى في نصفِ قيمَتِها، ويعتِقُ من البنتَيْنِ من كُلِّ واحدةٍ منهما رُبُعُها وتَسْعَى في ثلاثةِ أرباعِ قيمَتِها، وإنّما كان كذلك .

وأمّا الغُلامانِ: فلأنّ أوّلَ مَنْ ولدَتْ إنْ كان غُلامًا عَتَقَ الغُلامُ كُلُّه لوجودِ الشّرطِ وإنْ كان جاريةً عَتَقَ الغُلامانِ لأنّ الأُمّ تعتِقُ ويعتِقُ [كُلُّ] [٢] مَنْ وُلِدَ بعدَ ذلك وهم الغُلامانِ والجاريةُ الأُخرى، وقد تَيقّنّا بحُرّيّةِ أحدِ الغُلامَيْنِ وشَكَكنا في الآخَرِ، وله حالَتانِ: يعتِقُ في حالٍ، ولا يعتِقُ في حالٍ، فيُجْعَلُ ذلك نصفَيْنِ فيعتِقُ غُلامٌ واحدٌ ونصفٌ من الآخَرِ [ولا يُعْلَمُ أيُّهما عَتَقَ كُلُّه وأيُّهما عَتَقَ نصفُه فاستَوَيا في ذلك وليس أحدُهما في ذلك بأولى من الآخَرِ] [٣] فيعتِقُ من كُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةُ أرباعِه ويَسْعَى في رُبُعِ قيمَتِه .

وأمّا الأمُّ: فإنّها تعتِقُ في حالٍ ولا تعتِقُ في حالٍ؛ لأنّ أوّلَ ما ولدَتْ إنْ كان غُلامًا لا تعتِقُ أصلاً وإنْ كان جاريةً تعتِقُ فتعتِقُ في حالٍ وتُرَقُّ في حالٍ فيعتِقُ نصفُها وتَسْعَى في نصفِها [٤] .

وأمّا الجاريَتانِ: فإحداهما أمةٌ بلا شَكٍّ؛ لأنّ أوّلَ ما ولدَتْ إنْ كان غُلامًا فهما رَقيقانِ وإنْ كانت جاريةً فإنّ الأولى لا تعتِقُ وتعتِقُ الأُخرى بعِتْقِ الأُمِّ فإذًا في حالةٍ لهما حُرّيّةٌ واحدةٌ وفي حالةٍ لا شيءَ لهما فيَثْبُتُ لهما نصفُ ذلك وليستْ إحداهما بأولى من الأُخرى فيصيرَ ذلك بينهما نصفَيْنِ وهو رُبُعُ الكُلِّ فيعتِقُ من كُلِّ واحدةٍ منهما رُبُعُها وتَسْعَى في ثلاثةِ أرباعِ قيمَتِها واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَلو قال لأمَتِه: إنْ ولدْت غُلامًا ثُمّ جاريةً فأنتِ حُرّةٌ وإنْ ولدْت جاريةً ثُمّ غُلامًا فالغُلامُ حُرٌّ فوَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً فإنْ كان الغُلامُ أوّلاً عَتَقَتِ الأُمُّ لوجودِ شرطِ عِتْقِها والغُلامُ والجاريةُ رَقيقانِ لانفِصالِهما على حُكمِ الرّقِّ وعِتْقُ الأُمِّ لا يُؤَثِّرُ فيهما وإنْ كانتِ الجاريةُ أوّلاً عَتَقَ الغُلامُ لوجودِ الشّرطِ، والأُمُّ والجاريةُ رَقيقَتانِ لأنّ عِتْقَ الغُلامِ لا يُؤَثِّرُ فيهما وإنْ لم يُعْلم أيُّهما أوّلاً واتّفَقا على أنّهما لا يعلَمانِ ذلك فالجاريةُ رَقيقةٌ؛ لأنّه لا حالَ لها في الحُرّيّةِ؛ لأنّها تُرَقُّ في جميعِ الأحْوالِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «نصف قيمتها».

وأما الغُلامُ والأمُّ فإنّه يعتِقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يعتِقُ في حالٍ ويُرَقُّ في حالٍ فيعتِقُ نصفُه ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه وإذا اختَلَفا فالقولُ قولُ المولى مع يمينِه على علمِه . هذا إذا ولدَتْ غُلامًا وجاريةً فأمّا إذا ولدَتْ غُلامَيْنِ وجاريتيْنِ والمسألةُ بحالِها فإنْ ولدَتْ غُلامَيْنِ ثُمّ جاريتيْنِ عَتَقَتِ الأمُّ لوجودِ الشّرطِ وعَتَقَتِ الجاريةُ الثّانيةُ بعِتْقِها وبقيَ الغُلامانِ والجاريةُ الأولى أرِقّاءَ، وإنْ ولدَتْ غُلامًا ثُمّ جاريتيْنِ ثُمّ غُلامًا عَتَقَتِ الأمُّ لوجودِ الشّرطِ والجاريةُ الثّانيةُ والغُلامُ الثّاني بعِتْقِ الأمِّ، وإنْ ولدَتْ غُلامًا ثُمّ جاريةً، ثُمّ غُلامًا ثُمّ جاريةً عَتَقَتِ الأمُّ لوجودِ الشّرطِ، والغُلامُ الثّاني والجاريةُ الثّانيةُ بعِتْقِ الأمِّ، وإنْ ولدَتْ جاريتيْنِ ثُمّ غُلامَيْنِ عَتَقَ الغُلامُ الأوّلُ لوجودِ الشّرطِ، [والغُلامُ الثّاني والجاريةُ الثّانيةُ بعِتْقِ الأمِّ، وإنْ ولدَتْ جاريتيْنِ ثُمّ غُلامَيْنِ عَتَقَ الغُلامُ الأوّلُ لوجودِ الشّرطِ] [١] وبقيَ مَنْ سِواه رَقيقًا .

وكذلك إذا ولدَتْ جاريةً ثُمّ غُلامَيْنِ ثُمّ جاريةً [٢] عَتَقَ الغُلامُ الأوّلُ لا غيرُ [لوجودِ شرطِ العتقِ في حقِّه لا غيرُ، وكذلك إذا ولدَتْ جاريةً ثُمّ غُلامًا ثُمّ جاريةً ثُمّ غُلامًا عَتَقَ الغُلامُ الأوّلُ لا غيرُ] [٣]؛ لما قُلْنا .

وإنْ لم يُعْلم بأنِ اتّفَقوا على أنّهم لا يعلَمونَ أيّهم الأوّلَ يعتِقُ من الأولادِ من كُلِّ واحدٍ رُبُعُه ؛ لأنّ أحدَ الغُلامَيْنِ مع إحدى الجاريتيْنِ رَقيقانِ على كُلِّ حالٍ لأنّه ليس لهما حالٌ في الحُرّيّةِ والجاريةُ الأُخرى والغُلامُ الآخَرُ يعتِقُ كُلُّ واحدٍ منهما في حالٍ ويُرَقُّ في حالٍ فيعتِقُ من كُلِّ واحدٍ [منهما] [٤] نصفُه فما أصابَ الجاريةَ يكونُ بينها وبين الجاريةِ الأُخرى نصفَيْنِ إذ ليستْ إحداهما بأولى من الأُخرى فيعتِقُ من كُلِّ واحدةٍ رُبُعُها وكذلك ما أصابَ الغُلامَ يكونُ بينه وبين الغُلامِ الآخَرِ نصفَيْنِ لما قُلْنا .

وأمّا الأمُّ فيعتِقُ منها نصفُها لأنّه إنْ سبقَ وِلادةُ الغُلامِ فتعتِقُ لوجودِ الشّرطِ وإنْ سبقَتْ وِلادةُ الجاريةِ لا تعتِقُ فيعتِقُ نصفُها وتَسْعَى في نصفِ قيمَتِها، وإنِ اختَلَفوا فالقولُ قولُ المولى مع يمينِه على علمِه لما قُلْنا .

وَلو قال لها : إنْ ولدْت ما في بَطْنِك فهو حُرٌّ فإنْ جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من يومِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «جارية ثم غلامًا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.

حَلَفَ عَتَقَ ما في بَطْنِها وإنْ جاءَتْ به لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لا يعتِقُ؛ لأنّها إذا جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ تَيَقّنّا بكَوْنِه موجودًا وقتَ التّعليقِ لأنّ الولدَ لا يولدُ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ فتيَقّنّا بكَوْنِه [٢/ ١٦٣أ] داخِلاً تحت الإيجاب وإذا جاءَتْ به لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لم نَتَيَقّنْ بوجودِه بل يحتملُ أنْ لا يكونَ موجودًا ثُمّ وُجِدَ [من] [١] بعدُ فلا يدخلُ تحت الإيجاب مع الشّكّ وكذا إذا قال لها: ما في بَطْنِك حُرٌّ إلاّ أنّ ههنا يعتِقُ من يومِ حَلَفَ وفي الفصلِ الأوّلِ: يومَ تَلِدُ لأنّ هناك شَرطَ الوِلادةُ ولم تُشْتَرَطْ ههنا.

ولو قال لها: إذا حَمَلْت فأنتِ حُرّةٌ فوَلَدَتْ لأقَلّ من سَنَتَيْنِ أو لسَنَتَيْنِ من وقتِ الكلامِ لا تعتِقُ وإنْ ولدَتْ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ تعتِقْ؛ لأنّ يمينَه تَقَعُ على حَمْلٍ يَحْدُثُ بعدَ اليمينِ فإذا ولدَتْ لأقَلّ من سَنَتَيْنِ أو لسَنَتَيْنِ؛ يُحْتَمَلُ أنّها كانت حُبْلى [من وقتِ الكلامِ لا تعتِقُ وإنْ ولدَتْ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ أو لسَنَتَيْنِ يُحْتَمَلُ أنّها كانت حُبْلى] [٢] وقتَ اليمينِ ويُحْتَمَلُ أنّه حَدَثَ الحمْل بعدَ اليمينِ فيقعُ الشّكُّ في شرطِ ثُبوتِ الحُرّيّةِ فلا تَثْبُتُ الحُرّيّةُ مع الشّكِّ، فأمّا إذا ولدَتْ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ فقد تَيَقّنّا أنّ الحمْلَ حَصَلَ بعدَ اليمينِ لأنّ الولدَ لا يَبْقَى في البطْنِ أكثَرَ من سَنَتَيْنِ فقد وُجِدَ شرطُ العتقِ وهو الحمْلُ بعدَ اليمينِ فيعتِقُ.

فإنْ قِيلَ: أليس أنّ من أصلِكُم أنّ الوطْءَ إذا كان مُباحًا تُقَدّرُ مُدّةُ الحبَلِ [٣] بسِتّةِ أشهرٍ، فهَلاّ قَدّرْتُم ههنا كذلك.

فالجوابُ: أنّ هذا من أصلِنا فيما لم يكنْ فيه إثباتُ رَجْعةٍ أو إعتاقٍ بالشّكّ ولو جَعَلْنا مُدّةَ الحمْلِ ههنا سِتّةَ أشهرٍ لَكان فيه إثباتُ العتقِ بالشّكّ وهذا لا يجوزُ ثُمّ إنْ ولدَتْ بعد المقالةِ لأكثَرَ من سَنَتَيْنِ حتّى عَتَقَتْ وقد كان وطِئَها قبل الوِلادةِ فإنْ وطِئَها قبل الوِلادةِ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ؛ فعليه العُقْرُ [٤] وإنْ وطِئَها قبل الوِلادةِ لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لا عُقْرَ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الحمل».

(٤) من معاني العُقْر- بضم العين – لغة: المَهْرُ، وهو للمغتصبة من الإماء كمهر المثل للحرة، والعُقر – بالضم – ما تعطاه المرأة على وطء الشبهة، وأصله: أن واطئ البكر يعقرها إذا افتضها، فسمي ما تعطاه للعقر عقرًا، ثم صار عامًّا لها وللثيب، وجمعه: أعقار. وقال ابن المظفر: عقر المرأة: دية فرجها إذا غُصِبَتْ فَرْجَهَا. وقال الجوهري: هو مهر المرأة إذا وطئت بشبهة. وفي الاصطلاح نقل ابن عابدين عن الجوهرة أن العقر: في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر القيمة لو بكرًا، ونصف العشر لو ثيبًا. وفي العناية =

عليه؛ لأنّها إذا ولدَتْ لأقَلَّ من سِتّةِ أشهرٍ مُنْذُ وطِئَها عُلِمَ أنّه وطِئَها وهي حامِلٌ؛ لأنّ الحمْلَ لا يكونُ أقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ فإذا وضَعَت لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ بعدَ الوطْءِ؛ عُلِمَ أنّ العُلوقَ حَصَلَ قبل هذا الوطْءِ فيجبُ عليه العُقْرُ؛ لأنّه عُلِمَ أنّه وطِئَها بعدَ ثُبوتِ الحُرّيّةِ، فإذا ولدَتْ لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا من وقتِ الوطْءِ يُحْتَمَل أنّ الحمْلَ حَصَلَ بذلك الوطْءِ فلا يجبُ العُقْرُ؛ لأنّ الوطْءَ لم يُصادِفِ الحُرّيّةَ ويُحْتَمَلُ أنّه حَصَلَ بوَطْءٍ قبله فيجبُ العُقْرُ فيقعُ الشّكُّ في وجوب العُقْرِ فلا يجبُ مع الشّكِّ ويَنْبَغي في الورَعِ والتّنَزُّه إذا قال لها هذه المقالةَ ثُمّ وطِئَها أنْ يعتزِلَها حتّى يعلَمَ أحامِلٌ [هي] [1] أم لا، فإنْ حاضَتْ وطِئَها بعدَ ما طَهُرَتْ من حيضِها لجَوازِ أنّها قد حَمَلَتْ بذلك الوطْءِ، فعَتَقَتْ، فإذا وطِئَها بعدَ ذلك كان وطْءَ الحُرّةِ فيكونُ حَرامًا فيعتزِلُها صيانةً لنفسِه عن الحرامِ، فإذا حاضَتْ تبَيّنَ أنّ الحمْلَ لم يوجدْ إذِ الحامِلُ لا تَحيضُ ولهذا تُسْتَبْرأُ الجاريةُ المُشْتَراةُ بحيضةٍ لدَلالَتِها على فراغِ الرّحِمِ.

[ولو باعَ هذه الجاريةَ قبل أنْ تَلِدَ، ثُمّ ولدَتْ في يَدِ المُشْتَري يُنْظَرُ: إنْ ولدَتْ لأقَلّ من سَنَتَيْنِ أو لسَنَتَيْنِ بعدَ اليمينِ يصحُّ البيعُ لجَوازِ أنّ الولدَ حَدَثَ بعدَ اليمينِ فلا يَبْطُلُ البيعُ بالشّكِّ وإنْ ولدَتْ لأقَلّ من سَنَتَيْنِ بعدَ اليمينِ يُنْظَرُ: إنْ كان ذلك لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ قبل البيعِ لا يجوزُ البيعُ؛ لأنّه حَدَثَ الولدُ قبل البيعِ فعَتَقَتْ هي ووَلَدُها، وبيعُ الحُرِّ لا يجوزُ وإنْ كان ذلك لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا من وقتِ البيعِ فإنّها لا تعتِقُ؛ لأنّ من الجائزِ أنّ الولدَ حَدَثَ بعدَ البيعِ والبيعُ قد صَحّ فلا يُفْسَخُ بالشّكِّ] [2].

ولو قال لها: إنْ كان حَمْلُك غُلامًا فأنتِ حُرّةٌ وإنْ كان جاريةً فهي حُرّةٌ فكان حَمْلُها غُلامًا وجاريةً لم يعتِقْ أحدٌ منهم؛ لأنّ الحمْلَ اسمٌ لجميعِ ما في الرّحِمِ [3] قال اللّه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤] والمُرادُ منه: جميعُ ما في البطْنِ حتّى لا تَنْقضيَ العِدّةُ إلاّ بوَضْعِ جميعِ ما في الرّحِمِ وليس كُلُّ الحمْلِ الغُلامَ وحْدَه ولا

=بهامش فتح القدير: العقر: مهر المرأة إذا وطئت بشبهة، والمراد به مهر المثل، وبه فسر الإمام العتابي العقر في الجامع الصغير، وقال أحمد بن حنبل: العقر: المهر. انظر الموسوعة الفقهية (٣٠/ ٢٦٢-٢٦٣).

(١) زيادة من المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «البطن».

الجاريةَ وحْدَها بل بعضُه [١] غُلامٌ وبعضُه جاريةٌ فصار كأنّه قال: إنْ كان كُلُّ حَمْلِك غُلامًا فأنتِ حُرّةٌ، وإنْ كان كُلُّ حَمْلِك جاريةً فهي حُرّةٌ فوَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً فلا يعتِقُ أحدهم [كذا هنا] [٢]، وكذلك لو قال: إنْ كان ما في بَطْنِك لأنّ هذا عِبارةٌ عن جميعِ ما في بَطْنِها.

ولو قال: إنْ كان في بَطْنِك عَتَقَ الغُلامُ والجاريةُ لأنّ قوله: إنْ كان في بَطْنِك غُلامٌ ليس عِبارةً عن جميعِ ما في البطْنِ بل يقتَضي وجودَه وقد وُجِدَ غُلامٌ ووُجِدَ أيضًا جاريةٌ فعَتَقا.

ولو قال لها: إنْ كُنْت حُبْلى فأنتِ حُرّةٌ فوَلَدَتْ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ فهي حُرّةٌ ووَلَدُها، وإنْ ولدَتْ (لسِتّةِ أشهرٍ أو أكثَرَ) [٣] لم تعتِقْ لأنّ أقَلّ مُدّةِ الحمْلِ سِتّةُ أشهرٍ فإذا أتَتْ [به] [٤] لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ عُلِمَ أنّ الحمْلَ كان موجودًا وقتَ اليمينِ فتعتِقُ الأُمُّ لوجودِ شرطِ عِتْقِها وهو كونُها حامِلاً وقتَ اليمينِ ويعتِقُ الحمْلُ بعِتْقِها تبَعًا لها، وإذا أتَتْ لسِتّةِ أشهرٍ أو أكثَرَ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ بحَمْلٍ حادِثٍ بعدَ اليمينِ فلا يعتِقُ ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ بحَمْلٍ موجودٍ وقتَ اليمينِ فيعتِقُ فوَقَعَ الشّكُّ في العتقِ فلا يعتِقُ [٥] مع الشّكِّ ومن هذا القبيلِ التّدْبيرُ والاستيلادُ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما تَعليقُ العتقِ بشرطِ الموتِ إلاّ أنّ التّدْبيرَ: تعليقٌ بالشّرطِ قولاً، والاستيلادُ: تَعليقٌ بالشّرطِ فعلاً لكنِ الشّرطُ فيهما يدخلُ على الحُكمِ لا على السّبَبِ ولِكُلّ واحدٍ منهما كِتابٌ مُفْرَدٌ .

وأمّا التّعليقُ المحضُ بما سِوَى الملكِ وسببه معنًى لا صورةً: فنحوُ أنْ يقول لأمَتِه: كُلُّ ولدٍ تَلِدينَه فهو حُرٌّ، وهذا ليس بتَعليقٍ من حيثُ الصّورةُ؛ لانعِدامِ حَرْفِ التّعليقِ وهو «إنْ» و«إذا» ونحوُ ذلك؛ لأنّ كلِمةَ كُلّ ليستْ كلِمةَ تَعليقٍ بل هي كلِمةُ الإحاطةِ بما دخلَتْ عليه لكنّه تَعليقٌ من حيثُ المعنى [٢/ ١٦٣ب] لوجودِ معنى التّعليقِ فيه؛ لأنّه أوقَعَ العتقَ على موصوفٍ بصِفةٍ وهو الولدُ الذي تَلِدُه فيتوَقّفُ وُقوعُ العتقِ على اتّصافِه بتلك الصّفةِ كما يتوَقّفُ على وجودِ الشّرطِ المُعَلّقِ به صَريحًا في قولِه: إنْ ولدْت ولدًا أو إنْ دخلت الدّارَ

---

(١) في المخطوط: «بعض الحمل».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الأكثر من ستة أشهر».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يثبت».

ونحوِ ذلك، فكان معنى التّعليقِ موجودًا فيه، فلا يصحُّ إلاّ إذا كانتِ الأمةُ في ملكِه وقتَ التّعليقِ، حتّى لو قال لأمةٍ لا يملِكُها: كُلُّ ولدٍ تَلِدينَه فهو حُرٌّ، لا يصحُّ، حتّى لو اشتَراها فوَلَدَتْ عنده [(١)] ولدًا، لا يعتِقُ الولدُ لعَدَمِ الملكِ وقتَ التّعليقِ، وعَدَمِ الإضافةِ إلى الملكِ وسببه، ويصحُّ إذا كانتِ الأمةُ في ملكِه وقتَ التّعليقِ وقيامُ الملكِ في الأمةِ يَكفي لصحّتِه ولا يُشْتَرَطُ إضافةُ الولادةِ إلى الملكِ للصِّحّةِ بأنْ يقول كُلُّ ولدٍ تَلِدينَه وأنتِ في ملكي فهو حُرٌّ لما بيّنّا فيما تَقَدّمَ.

ثُمّ إنْ ولدَتْ في ملكِه يعتِقُ الولدُ لوجودِ الشّرطِ في الملكِ، وإنْ ولدَتْ في غيرِ ملكِه لا يعتِقُ لعَدَمِ الملكِ، وتَبْطُلُ اليمينُ لوجودِ الشّرطِ كما إذا قال لعبدِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فباعَه فدخلَ الدّارَ يَبْطُلُ اليمينُ حتّى لو اشتَراه ثانيًا فدخلَ الدّارَ لا يعتِقُ، كذا هذا [(٢)].

وعلى هذا إذا قال لعبدٍ يملِكُه أو لا يملِكُه: كُلُّ ولدٍ يولدُ لَك فهو حُرٌّ فوُلِدَ له ولدٌ من أمةٍ فإنْ كانتِ الأمةُ ملكَ الحالِفِ -يومَ حَلِفَ [(٣)]- عَتَقَ الولدُ وإلاّ فلا ويُنْظَرُ في ذلك إلى ملكِ الأمةِ لا إلى ملكِ العبدِ لأنّ الولدَ في الرِّقِّ والحُرّيّةِ يَتْبَعُ الأُمّ لا الأبَ، فإذا كانتِ الأمةُ على ملكِه وقتَ التّكلُّمِ فالظّاهرُ بقاءُ الملكِ فيها [(٤)] إلى وقتِ الولادةِ وملكُ الأُمِّ سببُ ثُبوتِ ملكِ الولدِ فصار كأنّه قال: كُلُّ ولدٍ يولدُ لَك من أمةٍ لي فهو حُرٌّ فإذا لم تَكُنِ الأمةُ مَمْلوكةً في الحالِ فالظّاهرُ بقاؤُه على العدَمِ لا يوجدُ ملكُ الولدِ وقتَ الولادةِ ظاهرًا فلم يوجدِ التّعليقُ في الملكِ ولا الإضافةُ إلى الملكِ فلا يصحُّ هذا إذا وُلِدَ الولدُ من أمةٍ مَمْلوكةٍ للحالِفِ من نِكاحٍ فأمّا إذا وُلِدَ منها من سِفاحٍ بأنْ زَنَى الغُلامُ بها فوَلَدَتْ منه هل يعتِقُ أم لا؟ فقد اختلف المشايخُ فيه وهي من مسائلِ الجامعِ.

وَلو قال لأمَتِه: أوّلُ ولدٍ تَلِدينَه فهو حُرٌّ وإنْ ولدَتْ ولدًا فهو حُرٌّ فوَلَدَتْ ولدًا مَيّتًا ثُمّ ولدَتْ ولدًا حَيًّا لا شَكّ في أنّه لا يعتِقُ الولدُ الميّتُ وإنْ كان الولدُ الميّتُ ولدًا حقيقةً، وهل يعتِقُ الولدُ الحيُّ؟ قال أبو حنيفةَ: يعتِقُ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يعتِقُ.

وحاصِلُ الكلامِ يرجعُ إلى كيفيّةِ الشّرطِ أنّ الشّرطَ وِلادةُ ولدٍ مُطْلَقٍ أو وِلادةُ ولدٍ حَيٍّ

---

(١) في المطبوع: «منه».
(٢) في المخطوط: «ههنا».
(٣) في المخطوط: «الحلف».
(٤) في المخطوط: «فيه».

فعندَهما: الشّرطُ وِلادةُ ولدٍ مُطْلَقٍ فإذا ولدَتْ ولدًا مَيِّتًا فقد وُجِدَ الشّرطُ فيَنْحَلُّ اليمينُ فلا يُتَصَوّرُ نُزولُ الجزاءِ بعدَ ذلك وعندَ أبي حنيفةَ: الشّرطُ وِلادةُ ولدٍ حَيٍّ، فلم يتحقّقِ الشّرطُ بوِلادةِ ولدٍ مَيِّتٍ فيَبْقَى اليمينُ فيَنْزِلُ الجزاءُ عندَ وجودِ الشّرطِ وهو وِلادةُ ولدٍ حَيٍّ.

وجه قولهما: أنّ الحالِفَ جعل الشّرطَ وِلادةَ ولدٍ مُطْلَقٍ؛ لأنّه أطْلَقَ اسمَ الولدِ ولم يُقَيِّدْه بصِفةِ الحياةِ والموتِ، والولدُ الميِّتُ وُلِدَ حقيقةً حتّى تَصيرَ المرأةُ به نُفَساءَ وتَنْقضيَ به العِدّةُ وتَصيرَ الجاريةُ أُمّ ولدٍ له، ولهذا لو كان المُعَلّقُ عِتْقَ عبدٍ آخَرَ أو طلاقَ امرأةٍ نزل عندَ وِلادةِ ولدٍ مَيِّتٍ.

وكذا إذا قال لها: إنْ ولدْت ولدًا فهو حُرٌّ وعبدي فُلانٌ، فوَلَدَتْ [ولدًا] [١] مَيِّتًا عَتَقَ عبدُه ولو لم تكُنْ هذه الوِلادةُ شرطًا لَما عَتَقَ فإذا ولدَتْ ولدًا مَيِّتًا، فقد وُجِدَ الشّرطُ لكنِ المحَلُّ غيرُ قابلٍ للجَزاءِ فيَنْحَلُّ اليمينِ لا إلى جَزاءٍ وتَبْطُلُ كما إذا قال لعبدِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فباعَه قبل الدُّخولِ، ثُمّ دخلَ تَنْحَلُّ اليمينُ لكنْ لا إلى جَزاءٍ، حتّى لو اشتَراه ودخلَ لا يعتِقُ، وإنْ أمكَنَ تقييدُ التّعليقِ بالملكِ كأنّه قال: إنْ دخلت الدّارَ وأنتَ في ملكي، مع ذلك لم يتقَيّدْ به كذا ههنا.

ولأبي حنيفة: أنّ الإيجابَ أُضيفَ إلى مَحَلٍّ قابلٍ للحُرّيّةِ؛ إذِ العاقِلُ الذي [٢] لا يقصِدُ إيجابَ الحُرّيّةِ فيما لا يحتملُ الحُرّيّةَ؛ لأنّه سَفَهٌ، والقابلُ للحُرّيّةِ هو الولدُ الحيُّ، فيتقَيّدُ به كأنّه قال: أوّلُ ولدٍ ولِدتيه [٣] حَيًّا فهو حُرٌّ [وإن ولدت ولدًا حيًّا فهو حر] [٤] كما إذا قال لآخَرَ: إنْ ضَرَبْتُك فعبدي حُرٌّ أنّه يتقَيّدُ بحالِ (الحياةِ للمَضْروب) [٥] حتّى لو ضَرَبَه بعدَ موتِه لا يَحْنَثُ لعَدَمِ قَبولِ المحَلِّ للضّرْب كذا ههنا، ولا فرقَ سِوَى أنّ ههنا تَقَيّدَ لنُزولِ الجزاءِ وهناك تَقَيّدَ لتَحقُّقِ الشّرطِ بخلافِ ما إذا عَلّقَ بالوِلادةِ عِتْقَ عبدٍ آخَرَ أو طلاقَ امرأتِه؛ لأنّ هناك المحَلّ المُضافَ إليه الإيجابُ [٦] قابلٌ للعَتاقِ والطّلاقِ فلا ضَرورةَ إلى التّقْييدِ بحَياةِ الولدِ كما إذا قال لها: إنْ ولدْت ولدًا فأنتِ حُرّةٌ أو قال: أوّلُ ولدٍ تَلِدينَه فأنتِ حُرّةٌ فوَلَدَتْ ولدًا مَيِّتًا عَتَقَتْ وههنا بخلافِه وهو الجوابُ عن قولِه: إذا ولدْت ولدًا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الدين».
(٣) في المخطوط: «تلدينه».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «حياة المضروب».
(٦) في المخطوط: «للإعتاق».

[٢/ ١٦٤أ] فهو حُرٌّ وعبدي فُلانٌ، أنّ وِلادةَ الولدِ الميّتِ تَصْلُحُ شرطًا في عِتْقِ عبدٍ آخَرَ لكَوْنِ المحَلّ قابلاً للعتق [١] ولا تَصْلُحُ شرطًا في عِتْقِ الولدِ لعَدَمِ قَبولِ المحَلّ .

وَيجوزُ أنْ يُعَلّقَ بشرطٍ واحدٍ جَزاءانِ ثُمّ يُنْزَلُ عندَ وجودِ أحدِهما دونَ الآخَرِ لمانِعٍ كمَنْ قال لامرأتِه : إذا حِضْت فأنتِ طالقٌ وفُلانةُ معك فقالت : حِضْت فكذّبَها، يقعُ الطّلاقُ عليها ولا يقعُ على الأُخرى وإنْ كان الشّرطُ واحدًا كذا هذا .

وأمّا التّعليقُ بدُخولِ الدّارِ فإنّما لم يتقَيّدْ بالملكِ ؛ لأنّ التّقْييدَ للتّصْحيحِ والإيجاب هناك صَحيحٌ بدونِ الملكِ لقَبولِ المحَلّ العتقَ عند وجودِ الشّرطِ . ألا تَرَى أنّه يَقِفُ على إجازةِ المالِكِ، والباطِلُ لا يَقِفُ على الإجازةِ، وإنّما الملكُ [٢] شرطُ النّفاذِ، أمّا ههنا فلا وجهَ لتَصْحيحِ الإيجاب في الميِّتِ رأسًا لعَدَمِ احتمالِ المحَلّ ؛ إذْ لا سبيلَ إلى إعتاقِ الميِّتِ بوَجْهٍ فدَعَتِ الضّرورةُ إلى التّقْييدِ بصِفةِ [٣] الحياةِ .

وذَكَرَ محمّدٌ في (الأصلِ) : إذا قال : أوّلُ عبدٍ يدخلُ عليّ فهو حُرٌّ فأُدْخِلَ عليه عبدٌ مَيّتٌ ثُمّ حَيٌّ عَتَقَ الحيُّ ولم يَذْكُرْ خلافًا فمن أصحابنا مَنْ قال : هذا قولُ أبي حنيفةَ خاصّةً ؛ لأنّ ما أُضيفَ إليه الإيجابُ وهو العبدُ لا يحتملُ الوجوبَ إلاّ بصِفةِ الحياةِ فصار كأنّه قال : أوّلُ عبدٍ يدخلُ عَلَيّ حَيًّا فهو حُرٌّ كما في الوِلادةِ .

(فأمّا على قولِهما) [٤]، فلا يعتِقُ ؛ لأنّ الحالِفَ أطْلَقَ اسمَ العبدِ فيَجْري على إطلاقِه ولا يُقَيّدُ بحَياةِ العبدِ كما في الوِلادةِ .

ومنهم مَنْ قال : هذا قولُهم جميعًا قال القُدوريُّ : وهو الصّحيحُ لأنه عَلّقَ العتقَ باسمِ العبدِ والعبدُ اسمٌ للمرقوقِ وقد بَطَلَ الرِّقُّ بالموتِ فلم يوجدِ الشّرطُ بإدْخالِه عليه فيعتِقُ الثّاني لوجودِ الشّرطِ في حقِّه بخلافِ الولدِ ؛ لأنّ الولدَ اسمٌ للمولودِ والميِّتُ مولودٌ حقيقةً .

فإنْ قِيلَ : الرِّقُّ لا يَبْطُلُ بالموتِ بدَليلِ أنّه يجبُ على المولى كفَنُ عبدِه الميِّتِ فالجوابُ : إنّ وجوبَ الكفَنِ لا يَدُلُّ على الملكِ ألا تَرَى أنّ مَنْ مات ولم يَتْرُكْ شيئًا فكَفَنُه

---

(١) في المطبوع : «للتعلق».
(٢) في المخطوط : «المملك».
(٣) في المخطوط : «بوصف».
(٤) في المخطوط : «وأما عنهما».

على أقاربه وإنْ لم يكنْ هناك ملكٌ، وإذا زالَ ملكُه عن الميِّتِ؛ صار الثّاني أوّلَ عبدٍ [من عَبيدِه] (١) أُدْخِلَ عليه فوُجِدَ الشّرطُ فيعتِقُ .

وَمن هذا القبيلِ قولُ الرّجُلِ: كُلُّ مَمْلوكٍ لي فهو حُرٌّ ويقعُ على ما في ملكِه (في الحالِ) (٢) حتّى لو لم يكنْ يملِكُ شيئًا يومَ الحلِفِ، كان اليمينُ لَغْوًا حتّى لو مَلَكَه في المُسْتقبَلِ لا يعتِقُ؛ لأنّ هذا الكلامَ لا يُسْتعملُ إلاّ للحالِ فلا يتعَلّقُ به عِتْقُ ما ليس بمَمْلوكٍ له في الحالِ .

وكذا إذا عُلِّقَ بشرطٍ قُدِّمَ الشّرطُ أو أُخِّرَ بأنْ قال: إنْ دخلت هذه الدّارَ فكُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ أو قال: (إذا دخلت أو إذا ما دخلت أو مَتَى دخلت أو مَتَى ما دخلت) (٣) أو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ إنْ دخلت الدّارَ فهذا كُلُّه على ما في ملكِه يومَ حَلَفَ وكذا إذا قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه ولا نيّةَ له؛ لأنّ صيغةَ أفْعَلَ وإنْ كانت تُسْتعملُ للحالِ والاستقبالِ لكنْ عندَ الإطلاقِ يُرادُ به الحالُ عُرْفًا وشرعًا ولُغةً أمّا العُرْفُ: فإنّ مَنْ قال: فُلانٌ يأكلُ أو يفعلُ كذا يُريدُ به الحالَ، أو يقولُ الرّجُلُ: (أنا أملِكُ) (٤) ألفَ درهمٍ، [وهو] (٥) يُريدُ به الحالَ .

وأمّا الشّرعُ: فإنّ مَنْ قال أشهَدُ أنْ لا إلَهَ إلاّ اللّه يكونُ مُؤْمِنًا .

ولو قال: أشهَدُ أنّ لفُلانٍ على فُلانٍ كذا يكونُ شاهدًا، ولو قال: أُقِرُّ أنّ لفُلانٍ عَلَيّ كذا صَحّ إقرارُه .

وأمّا اللُّغةُ: فإنّ هذه الصّيغةَ موضوعةٌ للحالِ على طريقِ الأصالةِ؛ لأنّه ليس للحالِ صيغةٌ أُخرى ولِلإستقبالِ السّينُ وسَوْفَ، فكانتِ الحالُ أصلاً فيها والاستقبالُ دَخيلاً فعندَ الإطلاقِ يُصْرَفُ إلى الحالِ .

ولو قال: عَنَيْت به ما استُقْبِلَ ملكُه؛ عَتَقَ ما في ملكِه للحالِ وما استُحْدِثَ الملكُ فيه لما ذَكَرْنا أنّ ظاهرَ هذه الصّيغةِ للحالِ فإذا قال: أرَدْت به الاستقبالَ فقد أرادَ صَرْفَ الكلامِ عن ظاهرِه فلا يُصَدّقُ فيه، ويُصَدّقُ في قولِه: أرَدْت ما يَحْدُثُ مَلِكي فيه في المُسْتقبَلِ فيعتِقُ عليه بإقرارِه كما إذا قال: زينَبُ طالقٌ وله امرأةٌ معروفةٌ بهذا الاسمِ ثُمّ قال: لي امرأةٌ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «للحال».
(٣) في المخطوط: «إذا دخلت الدار أو متى أو متى ما».
(٤) في المخطوط: «فلان يملك».
(٥) زيادة من المخطوط.

أُخرى بهذا الاسمِ عَنَيْتها طَلُقَتِ المعروفةُ بظاهرِ [هذا] [(١)] اللّفْظِ والمجهولةُ باعتِرافِه كذا ههنا.

وكذا لو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه السّاعةَ فهو حُرٌّ أنّ هذا يقعُ على ما في ملكِه وقتَ الحلِفِ ولا يعتِقُ ما يَسْتَفيدُه بعدَ ذلك إلاّ أنْ يكونَ نَوَى ذلك فيَلْزَمُه ما نَوَى لأنّ المُرادَ من السّاعةِ المذكورةِ هي السّاعةُ المعروفةُ عندَ النّاسِ وهي الحالُ لا السّاعةُ الزّمانيّةُ التي يَذْكُرُها المُنَجِّمونَ؛ فيتناوَلُ هذا الكلامُ مَنْ كان في ملكِه وقتَ التّكلُّم لا مَنْ يَسْتَفيدُه بعدَه [(٢)] فإنْ قال: أرَدْت به مَنْ أستَفيدُه في هذه السّاعةِ الزّمانيّةِ يُصدَّقُ فيه لأنّ اللّفْظَ يحتملُه وفيه تَشْديدٌ على نفسِه ولكنْ لا يُصَدّقُ في صَرْفِه اللّفْظَ عَمّنْ يكونُ في ملكِه للحالِ سَواءٌ أطْلَقَ [٢/ ١٦٤ب] أو عَلّقَ بشرطٍ - قَدّمَ الشّرطَ أو أخّرَ - بأنْ قال: إنْ دخلت الدّارَ فكُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه [حُرٌّ أو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه حُرٌّ إنْ دخلت الدّارَ فهذا والأوّلُ سَواءٌ في أنّ اليمينَ إنّما يتعلّقُ بما في ملكِه] [(٣)] يومَ حَلَفَ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بشرطٍ فيتناوَلُ ما في ملكِه لا ما يَسْتَفيدُه كما إذا قال: كُلُّ عبدٍ يدخلُ الدّارَ فهو حُرٌّ فإنْ قال: أرَدْت به ما استُحْدِثَ ملكُه؛ عَتَقَ ما في ملكِه إذا وُجِدَ الشّرطُ باليمينِ وما يُسْتَحْدَثُ بإقرارِه؛ لأنّه لا يُصَدّقُ في صَرْفِ الكلامِ عن ظاهرِه ويصَدّقُ في التّشْديدِ على نفسِه. فإنْ لم يكنْ في ملكِه يومَ حَلَفَ مَمْلوكٌ، فاليمينُ لَغْوٌ؛ لأنّها [لم] [(٤)] تَتَناوَلُ الحالَ، فإذا لم يكنْ له مَمْلوكٌ للحالِ لا تَنْعَقِدُ اليمينُ لانعِدامِ المحلوفِ عليه بخلافِ قولِه: إنْ كلّمْت فُلانًا أو إنْ دخلت الدّارَ فكُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه فهو حُرٌّ أو كُلُّ امرأةٍ أتزوّجُها فهي طالقٌ؛ لأنّ قوله أشتَري أو أتزوّجُ لا يحتملُ الحالَ فاقْتَضَى ملكًا مُسْتَأنَفًا وقد جعل الكلامَ أو الدُّخول شرطًا لانعِقادِ اليمينِ فيمَنْ يشتري أو يَتزوّجُ، فيُعْتَبَرُ [(٥)] ذلك بعدَ اليمينِ.

وَلو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه اليومَ فهو حُرٌّ ولا نيّةَ له وله مَمْلوكٌ فاستَفادَ في يومِه ذلك مَمْلوكًا آخَرَ، عَتَقَ ما في ملكِه وما استَفادَ ملكُه في اليومِ وكذلك لو قال: هذا الشّهرَ أو هذه السّنةَ؛ لأنّه لَمّا وقّتَ باليومِ أو الشّهرِ أو السّنةِ فلا بُدّ أنْ يكونَ التّوْقيتُ مُقَيّدًا ولو لم يتناوَلْ إلاّ ما في ملكِه يومَ الحلِفِ لم يكنْ مُقَيّدًا فإنْ قال: عَنَيْت به أحدَ الصِّنْفَيْنِ دونَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «من بعد».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «فيعتق».

الآخَرِ، لم يُدَيَّنْ في القضاءِ لأنّه نَوَى تخصيصَ العُمومِ وأنّه خلافُ الظّاهرِ فلا يُصَدَّقُ في القضاءِ ويُصَدَّقُ فيما بينه وبين اللّه عَزّ وجَلّ؛ لأنّ اللّهَ مُطّلِعٌ على نيّتِه.

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه غَدًا فهو حُرٌّ ولا نيّةَ له ذَكَرَ محمّدٌ في الجامِعِ أنّه يعتِقُ من ملكِه في غَدٍ، ومَنْ كان في ملكِه قبله وهو قولُه في الإملاءِ أيضًا وهو إحدى رِوايتيْ أبي سِماعةَ عنه.

وقال أبو يوسُفَ: لا يعتِقُ إلاّ مَنِ استَفادَ ملكه في غَدٍ ولا يعتِقُ مَنْ جاءَ غَدٌ وهو في ملكِه وهو إحدى رِوايتي ابنِ سِماعةَ عن محمّدٍ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّه أوجَبَ العتقَ لكُلِّ مَنْ يُضافُ إليه الملكُ في غَدٍ فيتناوَلُ الذي مَلَكَه في غَدٍ والذي مَلَكَه [1] قبل الغدِ كأنّه قال: في الغدِ كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه اليومَ فهو حُرٌّ فيتناوَلُ الكُلّ.

وجه قولِ أبي يوسُفَ: أنّ قوله: أملِكُ، إنْ كان للحالِ عندَ الإطلاقِ ولكنّه لَمّا أضافَ العتقَ إلى زَمانٍ في المُسْتقبَلِ انصَرَفَ إلى الاستقبالِ بهذه القرينةِ كما يَنْصَرِفُ إليه بقَرينةِ السّينِ [2] فلا يتناوَلُ الحالَ.

وعلى هذا الخلافِ إذا قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه رأسَ شهرِ كذا فهو حُرٌّ، ورأسُ الشّهرِ الليلةُ التي يَهِلُّ فيها الهِلالُ ومن الغدِ إلى الليلِ، وكان القياسُ أنْ يكونَ رأسُ الشّهرِ أوّلَ ساعةٍ منه؛ لأنّ رأسَ كُلِّ (شيء) [3] ما رأسَ عليه -وهو أوّلُه- إلاّ أنّهم جَعَلوه اسمًا لما ذَكَرْنا للعُرْفِ والعادةِ، فإنّه يُقالُ في العُرْفِ والعادةِ لأوّلِ يومٍ من الشّهرِ: [هذا] [4] رأسُ الشّهرِ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ فيمَنْ قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه يومَ الجمعةِ فهو حُرٌّ قال: ليس هذا على ما في ملكِه إنّما هو [على] [5] ما يملِكُه يومَ الجمعةِ فهذا على أصلِ أبي يوسُفَ صَحيحٌ؛ لأنّه أضافَ العتقَ إلى زَمانٍ مُسْتقبَلٍ، فإنْ قال: كُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ يومَ الجمعةِ فهذا على مَنْ في ملكِه يعتِقونَ يومَ الجمعةِ ليس هو [6] على ما يُسْتقبَلُ؛ لأنّه

---

(١) في المخطوط: «كان في ملكه».
(٢) في المخطوط: «سين وسوف».
(٣) في المطبوع: «شهر».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «هذا».

عَقَدَ يمينَه على مَنْ في ملكِه في الحالِ وجعل عِتْقَهم موقّتًا بالجمعةِ فلا يدخلُ فيه الاستقبالُ.

فأمّا إذا قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه إذا جاءَ غَدٌ هو حُرٌّ فهذا على ما في ملكِه في قولِهم: لأنّه جعل مَجيءَ الغدِ شرطًا لثُبوتِ العتقِ لا غيرُ فيعتِقُ مَنْ في ملكِه لكنْ عندَ مَجيءِ غَدٍ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَمن هذا القبيلِ الإعتاقُ المُضافُ إلى المجهولِ عندَ بعضِ مَشايِخِنا؛ لأنّه تَعليقٌ معنًى لا صورةً ولا يَثْبُتُ العتقُ في أحدِهما قبل الاختيارِ وإنّما ثَبَتَ عندَ الاختيارِ في أحدِهما عَيْنًا وهو الذي يُخْتارُ العتقُ فيه مقصورًا على الحالِ كأنّه عَلّقَ عِتْقَ أحدِهما بشرطِ اختيارِ العتقِ فيه كالتّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ ومن دُخولِ الدّارِ وغيرِ ذلك إلاّ أنّه ثَمّةَ الشّرطُ يدخلُ على السّبَب والحُكمِ جميعًا وههنا يدخلُ على الحُكمِ لا على السّبَب كالتّدْبيرِ والبيعِ بشرطِ الخيارِ كذا قال بعضُ مَشايِخِنا في كيْفيّةِ الإعتاقِ المُضافِ إلى المجهولِ وبعضُهم نَسب هذا القول لأبي يوسُفَ ويُقالُ: إنّه قولُ أبي حنيفةَ أيضًا.

وقال بعضُهم: هو تَنْجيزُ العتقِ في غيرِ العتق للحالِ، واختيارُ العتقِ [في أحدِهما] [1] بيانٌ وتعيينٌ لمَنْ وقَعَ عليه العتقُ بالكلامِ السّابقِ من حينِ وجودِه، وبعضُهم نَسب هذا القول إلى محمّدٍ والحاصِلُ أنّ الخلافَ في كيْفيّةِ هذا التّصرُّفِ على الوجه الذي وصَفْنا غيرُ مَنْصوصٍ عليه من أصحابنا لكنّه مدلولٌ عليه ومُشارٌ إليه.

امّا الدّلالة: فإنّه ظَهرَ الاختلافُ بين أبي يوسُفَ ومحمّدٍ في الطّلاقِ فيمَنْ [٢/ ١٦٥أ] قال لامرأتَيْه: إحداكُما طالقٌ أنّ العِدّةَ تُعْتَبَرُ من وقتِ الاختيارِ في قولِ أبي يوسُفَ، والعِدّةُ إنّما تجبُ [2] من وقتِ وُقوعِ الطّلاقِ فيَدُلُّ على أنّ الطّلاقَ لم يكنْ واقعًا وإنّما يقعُ عندَ الاختيارِ مقصورًا عليه وفي قولِ محمّدٍ يُعْتَبَرُ من وقتِ الكلامِ السّابقِ وهذا يَدُلُّ على أنّ الطّلاقَ قد وقَعَ من حين وجوده، وإنّما الاختيارُ بيانٌ وتعيينٌ لمَنْ وقَعَ عليها الطّلاقُ.

وأمّا الإشارةُ فإنّه رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا أعتَقَ أحدَ عبدَيْه تَعَلّقَ العتقُ بذِمّتِه ويُقالُ له: أعتق، وهذا إشارةٌ إلى أنّ العتقَ غيرُ نازِلٍ في المحَلِّ؛ إذْ لو كان نازِلاً لَما كان

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «تعتبر».

مُعَلّقًا بالذِّمّةِ ومعنى قولِه: يُقالُ له أعتِقْ أي: اخترِ العتقَ لإجماعِنا على أنّه لا يُكَلّفُ بإنْشاءِ الإعتاقِ [١].

وذَكَرَ محمّدٌ في (الزّياداتِ) يُقالُ له: بيِّنْ، وهذا إشارةٌ إلى الوُقوعِ في غيرِ المُعَيّنِ؛ لأنّ البيانَ للموجودِ لا للمعدومِ.

وإلى هذا ذَهَبَ الكَرْخيُّ والقُدوريُّ وحقّقا الخلاف [٢] بين أبي يوسُفَ ومحمّدٍ إلاّ أنّ القُدوريّ حَكَى عن الكَرْخيِّ أنّه كان يُفَرِّقُ بين العتاقِ والطّلاقِ فيَجْعَلُ الاختيارَ بيانًا في الطّلاقِ بالإجماعِ من قِبَلِ أنّ العتاقَ يحتملُ الثُّبوتَ في الذِّمّةِ والطّلاقُ لا يحتملُ قال: وكان غيرُه من أصحابنا يُسَوّي بينهما؛ لأنّ الطّلاقَ أيضًا يحتملُ الثُّبوتَ في الذِّمّةِ في الجملةِ.

ألا تَرَى أنّ الفُرْقةَ واجِبةٌ على العِنّينِ وإنّما يقومُ القاضي مقامَه في التّفريقِ وهو [٣] الصّحيحُ أنّهما يَسْتَويانِ؛ لأنّ تَعَلُّقَ العتقِ بالذِّمّةِ ليس معناه إلاّ انعِقادَ سبب الوُقوعِ من غيرِ وُقوعٍ وهو معنى حقِّ الحُرّيّةِ دونَ الحقيقةِ وهما في هذا المعنى مُسْتَويانِ [٤].

وجه القولِ الأوّلِ: أنّ قوله: أحدُكُما (حُرٌّ، تَنْجيزٌ) [٥] الحُرّيّةِ في أحدِهما، وليس بتَعليقٍ حقيقةً لانعِدامِ حَرْفِ التّعليقِ، إلاّ أنّه تَنْجيزٌ [٦] في غيرِ المُعَيّنِ فيتعَيّنُ بالاختيارِ.

ووَجْه القولِ الثّاني: أنّ العتقَ إمّا أنْ يَثْبُتَ باختيارِ العتقِ وإمّا أنْ يَثْبُتَ بالكلامِ السّابقِ، [والثّاني] [٧] لا سبيلَ إليه؛ لأنّ اختيارَ العتقِ لم يُعْرَفْ إعتاقًا في الشّرعِ.

ألا تَرَى أنّه لو قال لعبدِه: اختَرْت عِتْقَك لا يعتِقُ فلا بُدّ وأنْ يَثْبُتَ بالكلامِ السّابقِ فلا يَخْلو: إمّا أنْ يَثْبُتَ حالَ وجودِه في أحدِهما غيرُ عَيْنٍ [ويتعَيّنُ باختيارِه] [٨] وإمّا أنْ يَثْبُتَ عندَ وجودِ الاختيارِ في أحدِهما عَيْنًا وهو تَفْسيرُ التّعليقِ بشرطِ الاختيارِ لا وجهَ للأوّلِ؛ لأنّه رُبّما يَخْتارُ غيرَ الحُرِّ فيَلْزَمُ القولُ بانتِقالِ الحُرّيّةِ من الحُرِّ إلى الرّقيقِ، أو انتِقالِ الرِّقِّ من الرّقيقِ إلى الحُرِّ أو استِرْقاقِ الحُرِّ والأوّلُ مُحالٌ والثّاني غيرُ مشروعٍ فتَعَيّنَ الثّاني

(١) في المخطوط: «العتق».
(٢) في المطبوع: «الاختلاف».
(٣) في المطبوع: «وهو».
(٤) في المخطوط: «يستويان».
(٥) في المخطوط: «يتخير».
(٦) في المخطوط: «يتخير».
(٧) في المخطوط: «والأول».
(٨) ليست في المخطوط.

ضَرورةً وهو [١] أنْ يَثْبُتَ العتقُ عندَ وجودِ الاختيارِ بالكلامِ السّابقِ مقصورًا على حالِ الاختيارِ وهو تَفْسيرُ التّعليقِ ثُمّ القائلونَ بالبيانِ اختَلَفوا في كيْفيّةِ البيانِ منهم مَنْ قال: البيانُ إظهارٌ محضٌ ومنهم من قال: هو إظهارٌ من وجهٍ وإنْشاءٌ من وجهٍ.

واستَدَلّوا بما ذَكَرَ محمّدٌ في (الزّياداتِ) في موضِعٍ يُقالُ له: بيِّنْ، وفي موضِعٍ يُقالُ له: أعتِقْ، وزَعَموا أنّ المسائلَ تَتَخَرّجُ [٢] عليه وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ القول الواحدَ لا يكونُ إظهارًا وإنْشاءً؛ إذِ الإنْشاءُ إثباتُ أمرٍ لم يكنْ والإظهارُ إبْداءُ أمرٍ (قد كان) [٣] وبينهما تَنافٍ وثَمَرةُ هذا الاختلافِ تَظْهَرُ في الأحْكامِ وإنّها في الظّاهرِ مُتَعارِضةٌ: بعضُها يَدُلُّ على صحّةِ القولِ الأوّلِ وبعضُها يَدُلُّ على صحّةِ القولِ الثّاني ونحنُ نُشيرُ إلى [كل] [٤] ذلك إذا انتَهَيْنا إلى بيانِ حُكمِ الإعتاقِ وبيانِ وقتِ ثُبوتِ حُكمِه، فأمّا تَرْجيحُ أحدِ القوليْنِ على الآخَرِ وتخريج [٥] المسائلِ عليه فمَذْكورانِ في الخلافيّاتِ.

وأمّا التّعليقُ بالملكِ أو بسببه صورةً ومعنًى: فنحوُ أنْ يقول لعبدٍ لا يملِكُه: إنْ مَلَكتُك فأنتَ حُرٌّ أو إنِ اشتريْتُك فأنتَ حُرٌّ وإنّه صَحيحٌ عندَنا حتّى لو مَلَكَه أو اشتَراه يعتِقُ وإنْ لم يكنِ الملكُ موجودًا وقتَ التّعليقِ [٦].

وقال الشّافعيُّ: لا يصحُّ ولا يعتِقُ [٧].

وقال بشْرُ المريسيُّ: يصحُّ التّعليقُ بالملكِ، ولا يصحُّ بسبب الملكِ وهو الشِّراءُ.

أمّا الكلامُ مع الشّافعيِّ فعلى نحوِ ما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ وأمّا مع بشْرٍ فوَجْه قولِه أنّ اليمينَ بالطّلاقِ والعتاقِ لا يصحُّ إلاّ في الملكِ أو مُضافًا إلى الملكِ ولم توجَدِ الإضافةُ إلى الملكِ؛ لأنّ الشِّراءَ قد يُفيدُ الملكَ للمُشْتَري وقد لا يُفيدُ كالشِّراءِ بشرطِ الخيارِ وشراءِ الوكيلِ؛ فلم توجَدِ الإضافةُ إلى الملكِ فلا يصحُّ بخلافِ قولِه: إنْ مَلَكتُك.

---

(١) في المطبوع: «وهي».

(٢) في المخطوط: «تخرج».

(٣) في المخطوط: «كائن».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المطبوع: «وتخرج».

(٦) انظر في مذهب الحنفية: العناية مع فتح القدير (٤/ ٤٥٢)، رءوس المسائل ص ٤٠٧، البناية (٥/ ٥٩٥)، الدر المختار (٣/ ٦٥١).

(٧) مذهب الشافعية: أن تعليق العتق بالملك لا يصح كتعليق الطلاق بالنكاح، فمن قال لعبده: إن ملكتك فأنت حر فلا يصح العتق، انظر: الوجيز (٢/ ٥٨)، المنهاج ص ١٠٧، مغني المحتاج (٣/ ٢٩٢، ٢٩٣).

ولنَا: أنّ مُطْلَقَ الشِّراءِ يَنْصَرِفُ إلى الشِّراءِ المُتَعارَفِ وهو الشِّراءُ لنفسِه ومن غيرِ شرطِ الخيارِ وإنّه من أسباب الملكِ فكان ذِكرُه ذِكرًا للملكِ، والإضافةُ إليه إضافةٌ إلى الملكِ كأنّه قال: إنْ مَلَكتُك فأنتَ حُرٌّ؛ ولأنّه لَمّا عَلّقَ العتقَ بالشِّراءِ - ولا بُدّ من الملكِ عندَ الشِّراءِ لثُبوتِ [٢/ ١٦٥ب] العتقِ - كان هذا تَعليقَ العتقِ بالشِّراءِ الموجِب للملكِ كأنّه قال: إنِ اشتريْتُك شراءً موجِبًا للملكِ فأنتَ حُرٌّ فإذا اشتَراه شراءً موجِبًا للملكِ فقد وُجِدَ الشّرطُ فيعتِقُ.

وَلو قال: إنْ تَسَرّيْت جاريةً فهي حُرّةٌ فاشترى جاريةً فتَسَرّاها لا تعتِقُ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ وعندَ زُفَرَ تعتِقُ ولو تَسَرّى جاريةً كانت في ملكِه يومَ حَلَفَ عَتَقَتْ بالإجماعِ.

وجه قولِ زُفَرَ: أنّه وُجِدَتِ الإضافةُ إلى الملكِ؛ لأنّ التّسَرّيَ لا يصحُّ بدونِ الملكِ فكانتِ الإضافةُ إلى التّسَرّي إضافةً إلى الملكِ فيصحُّ التّعليقُ.

ولنَا: أنّه لم يوجدِ الملكُ وقتَ التّعليقِ ولا الإضافةُ إلى الملكِ والكلامُ فيه ولا إلى سبب الملكِ؛ لأنّ التّسَرّيَ ليس من أسباب الملكِ.

ألا تَرَى أنّه يتحقّقُ في غيرِ الملكِ كالجاريةِ المغْصوبةِ، واليمينُ بالعتاقِ والطّلاقِ لا يصحُّ إلاّ في الملكِ أو مُضافًا إلى الملكِ أو سببه ولم يوجدْ شيءٌ من ذلك.

وأمّا قولُه: إنّ التّسَرّيَ لا صحّةَ له بدونِ الملكِ فهذا مُسَلّمٌ أنّ الملكَ شرطُ صحّةِ التّسَرّي وجَوازِه، لكنِ الحالِفُ جعل [نفس التسري ووجوده] (١) شرطَ [العتقِ] (٢)، والتّسَرّي نفسُه يوجدُ من (٣) غيرِ ملكٍ، فلم يكنِ التّعليقُ به تَعليقًا بسبب الملكِ فلم يصحّ.

ثُمّ اختُلِفَ في تَفْسيرِ التّسَرّي: قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: هو أنْ يَطَأها ويُحَصّنَها ويمْنَعَها من الخُروجِ والبُروزِ سَواءٌ طَلَبَ منها الولدَ أو لم يَطْلُبْ.

وقال أبو يوسُفَ: طَلَبُ الولدِ مع التّحْصينِ شرطٌ.

وجه قولِه: إنّ الإنسانَ يَطأُ جاريته ويُحَصّنُها ولا يُقالُ لها: سَريّةٌ وإنّما يُقالُ ذلك إذا كان

---

(١) في المطبوع: «وجوده».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في».

يَطْلُبُ منها الولدَ أو تكونُ أُمّ ولدِه، هذا هو العُرْفُ والعادةُ.

ولهُمَا: أنّه ليس في لفظِ التّسَرّي ما يَدُلُّ على طَلَب الولدِ؛ لأنّه لا يَخْلو: إمّا أنْ يكونَ مأخوذًا من السّرْوِ وهو الشّرَفُ فتُسَمّى الجاريةُ سَريةً بمعنى أنّها [1] أسرَى الجواري أي: أشرَفُهُنّ وإمّا أنْ يكونَ مأخوذًا من السِّرِّ وهو الجِماعُ قال اللّه تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة:٢٣٥] قِيلَ جِماعًا وليس في أحدِهما ما يُنْبِئُ عن طَلَب الولدِ، ولو وطِئَ جاريةً كانت في ملكِه يومَ الحلِفَ فعَلِقَتْ منه لم تعتِقْ لعَدَمِ التّسَرّي؛ لأنّه لم يوجدْ منه إلاّ الوطْءُ والوطْءُ وحْدَه لا يكونُ تَسَرّيًا بلا خلافٍ فلم يوجدْ شرطُ العتقِ فلا تعتِقُ.

وَلو قال لامرأةٍ حُرّةٍ: إنْ مَلَكتُك فأنتِ حُرّةٌ أو قال لها: إنِ اشتريْتُك فأنتِ حُرّةٌ فارْتَدّتْ عن الإسلامِ ولحِقَتْ بدارِ الحرْب ثُمّ سُبيَتْ فاشتَراها الحالِفُ ذَكَرَ محمّدٌ في الجامِعِ أنّ على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ لا تعتِقُ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ تعتِقُ يعني به قياسَ قولِه في المُكاتَب والعبدِ المأذونِ إذا قال: كُلُّ عبدٍ أملِكُه فيما استُقْبلَ فهو حُرٌّ وقال: كُلُّ عبدٍ أشتَريه فهو حُرٌّ فيعتِقُ ثُمّ مَلَكَ عبدًا أو اشترى عبدًا على قولِ أبي حنيفةَ لا يعتِقُ وعلى قولِهما يعتِقُ والمسألةُ تأتي في موضِعِها.

وَلو قال لأمةٍ لا يملِكُها: إنِ اشتريْتُك فأنتِ حُرّةٌ بعدَ موتي [فاشتَراها صارتْ مُدَبّرةً؛ لأنه عَلّقَ تَدْبيرَها بسبب الملكِ وهو الشّراءُ؛ لأنّ قوله: أنتِ حُرّةٌ بعدَ موتي] [2] صورةُ التّدْبيرِ وقد عَلّقَه بالشِّراءِ فيصيرُ عندَ الشِّراءِ قائلاً أنتِ حُرّةٌ بعدَ موتي.

وَأمّا التّعليقُ بالملكِ أو بسببه معنًى لا صورةً فهو أنْ يقول الحُرُّ: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه فيما يُسْتقبَلُ فهو حُرٌّ ويتعَلّقُ العتقُ بملكٍ يَسْتَفيدُه؛ لأنّه نصّ على الاستقبالِ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في النّوادِرِ إذا قال: كُلُّ جاريةٍ أشتَريها إلى سَنةٍ فهي حُرّةٌ فكُلُّ جاريةٍ يشتريها إلى سَنةٍ فهي حُرّةٌ ساعةَ يشتريها قال: وإنْ قال: كُلُّ جاريةٍ أشتَريها فهي حُرّةٌ إلى سَنةٍ فاشترى جاريةً لم تعتِقْ إلى سَنةٍ؛ لأنّ في الفصلِ الأوّلِ عَقَدَ يمينَه على الشِّراءِ في السّنةِ فتعتِقُ كُلُّ جاريةٍ يشتريها في السّنةِ ساعةَ الشِّراءِ كأنّه قال عندَ الشِّراءِ: أنتِ حُرّةٌ فتعتِقُ، وفي الفصلِ الثّاني جعل الشِّراءُ شرطًا لعِتْقٍ مُؤَقّتٍ بالسّنةِ فكأنّه قال بعدَ

---

(١) في المطبوع: «أنه».

(٢) ليست في المخطوط.

الشِّراءِ: أنتِ حُرّةٌ إلى سَنةٍ، قال: ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه فهو حُرٌّ غَدًا فهذا عندي على كُلِّ مَمْلوكٍ يشتريه قبل الغدِ وإنِ اشترى مَمْلوكًا غَدًا لا يعتِقُ؛ لأنّه جعل الشِّراءَ شرطًا لزوالِ [(١)] حُرّيّةٍ مُؤَقّتةٍ بوجودِ الغدِ فلا بُدّ من تَقَدُّمِ الملكِ على الغدِ ليَنْزِلَ العتقُ المُؤَقّتُ به.

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه إلى ثلاثينَ سَنةً فهذا على ما يُسْتقبَلُ ملكُه في الثّلاثينَ سَنةٍ أوّلُها: من حينِ حَلَفَ بعدَ سُكوتِه في قولِهم جميعًا ولا يكونُ على ما في ملكِه قبل ذلك؛ لأنّه لَمّا أضافَ العتقَ إلى الاستقبالِ تَعَيّنَ اللّفْظُ للمُسْتقبَلِ وإذا انصَرَفَ إلى الاستقبالِ لا يُحمَلُ على الحالِ إذِ اللّفْظُ الواحدُ لا يَنْتَظِمُ معنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بخلافِ قولِه: غَدًا عند محمّدٍ؛ لأنّ ذاكَ ليس أصلاً إلى الاستقبالِ بل هو إيقاعُ عِتْقٍ على موصوفٍ بصِفةٍ فيتناوَلُ كُلّ مَنْ كان على تلك الصِّفةِ.

وكذلك إذا قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه ثلاثينَ سَنةً أو في ثلاثينَ سَنةً أو قال: أملِكُه إلى سَنةٍ أو سَنةً أو في سَنةٍ أو قال [٢/ ١٦٦أ]: أملِكُه أبَدًا أو إلى أنْ أموتَ فهذا كُلُّه بابٌ واحدٌ يدخلُ فيه ما يُسْتقبَلُ دونَ ما كان في ملكِه؛ لأنّه أضافَ الحُرّيّةَ إلى المُسْتقبَلِ فإنْ قال: أرَدْت بقولي كُلّ مَمْلوكٍ أملِكُه سَنةً، أنْ [(٢)] يكونَ ما في ملكِه يومَ حَلَفَ مُسْتَدامًا سَنةً دُيِّنَ فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولم يُدَيّنْ في القضاءِ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه إنّما وقّتَ السّنةَ لاستِفادةِ الملكِ لا لاستمْرارِ الملكِ القائمِ فلا يُصَدّقُ في العُدولِ عن الظّاهرِ.

وَلو قال: إنْ دخلت الدّارَ فكُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه يومَئِذٍ فهو حُرٌّ أو قال: إذا قَدِمَ فُلانٌ فكُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه يومَئِذٍ فهو حُرٌّ ولا نيّةَ له عَتَقَ ما في ملكِه يومَ دخلَ الدّارَ؛ لأنّه عَلّقَ عِتْقَ كُلّ عبدٍ يكونُ مَمْلوكًا له يومَ الدُّخولِ بالدُّخولِ؛ لأنّ معنى قولِه: يومَئِذٍ أي: يومَ الدُّخولِ. هذا هو مُقْتَضى اللُّغةِ؛ لأنّ تقديرَه يومَ إذا دخلَ الدّارَ؛ لأنّه حَذَفَ الفعلَ وعَوّضَ عنه بالتّنْوينِ فيعتِقُ كُلُّ ما كان مَمْلوكًا له يومَ الدُّخولِ فكأنّه قال عندَ الدُّخولِ: كُلُّ مَمْلوكٍ لي فهو حُرٌّ وسَواءٌ دخلَ الدّارَ لَيْلاً أو نَهارًا؛ لأنّ اليومَ يُذْكَرُ ويُرادُ به الوقتُ المُطْلَقُ قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۖ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ﴾ [الأنفال:١٦] وهذا الوعْدُ يَلْحقُ المولّي دُبُرَه

---

(١) في المخطوط: «لتزول». (٢) في المخطوط: «أو».

لَيْلًا ونَهارًا ولأنّ غَرَضَ الحالِفِ الامتِناعُ من تَحْصيلِ الشّرطِ فلا يختصُّ بوقتٍ دونَ وقتٍ .

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ اشتريْته فهو حُرٌّ إنْ كلّمْت أو إذا كلّمْت فُلانًا أو إذا جاءَ غَدٌ [ولا نيّةَ له فهذا يقعُ على ما يشتريه قبل الكلام فكُلُّ مَمْلوكٍ اشتَراه قبل الكلامِ ثُمّ تكلّمَ عَتَقَ وما اشتَراه بعدَ الكلام لا يعتِقُ ولو قَدّمَ الشّرطَ فقال: إنْ كلّمْت فُلانًا أو إذا كلّمْت فُلانًا أو إذا جاءَ غَدٌ] (١) فكُلُّ مَمْلوكٍ اشتريْته فهو حُرٌّ فهذا على ما يشتريه بعدَ الكلامِ لا قبله حتّى لو كان اشترى مَماليكَ قبل الكلامِ ثُمّ كلّمَ لا يعتِقُ واحدٌ منهم وما اشترى بعدَه يعتِقُ .

ووَجه الفرقِ: أنّ في الفصلِ الأوّلِ جعل الكلامَ شرطَ انحِلالِ اليمينِ؛ لأنّ قوله: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه فهو حُرٌّ يمينٌ تامّةٌ لوجودِ الشّرطِ والجزاءِ فإذا قال: إنْ كلّمْت فُلانًا فقد جعل كلامَ فُلانٍ غايةً لانحِلالِها فإذا كلّمَه انحَلّتْ فلا يدخلُ ما بعدَ الكلامِ كقولِه كُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ إنْ دخلت الدّارَ .

وفي الفصلِ الثّاني: جعل كلامَ فُلانٍ شرطَ انعِقادِ اليمينِ فإذا كلّمَه الآنَ انعَقَدَتِ اليمينُ فيدخلُ فيه ما بعدَه لا ما قبله فيصيرُ كأنّه قال عندَ الكلامِ: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه فهو حُرٌّ، وذلك يتناوَلُ المُسْتقبَلَ .

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه إذا دخلت الدّارَ فهو حُرٌّ أو قال: إنْ قَدِمَ فُلانٌ فهذا على ما يشتري بعدَ الفعلِ الذي حَلَفَ عليه ولا يعتِقُ ما اشترى قبل ذلك إلاّ أنْ يُعَيِّنَهم؛ لأنّه جعل دُخول الدّارِ شرطًا لانعِقادِ اليمينِ فيصيرُ عندَ دُخولِ الدّارِ كأنّه قال: كُلُّ مَمْلوكٌ أشتَريه فهو حُرٌّ .

والدّليلُ على أنّه جعل دُخول الدّارِ شرطَ انعِقادِ اليمينِ أنّ قوله: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه شرطٌ، وقولُه: إذا دخلت الدّارَ شرطٌ آخَرُ ولا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلا شرطًا واحدًا لعَدَمِ حَرْفِ العطْفِ ولا سبيلَ إلى إلْغاءِ الشّرطِ الثّاني؛ لأنّ إلْغاءَ تَصرُّفِ العاقِلِ مع إمكانِ تَصْحيحِه خارِجٌ عن العقلِ ولِتَصْحيحِه وجهانِ:

احدُهما: أنْ يُجْعَلَ الشّرطُ الثّاني مع جَزائه يمينًا وجَزاءُ الشّرطِ الأوّلِ وحينئذٍ لا بُدّ من إدْراجِ حَرْفِ الفاءِ؛ لأنّ الجزاءَ المُتَعَقِّبَ للشّرطِ لا يكونُ بدونِ حَرْفِ الفاءِ وفيه تَغْييرٌ .

(١) ليست في المخطوط .

والثاني: أنْ يُجْعَلَ شرطُ الانعقادِ وفيه تَغْيِيرٌ أيضًا بجَعْلِ المُقدّمِ من الشّرطَيْنِ مُؤَخّرًا إلاّ أنّ التّغْيِيرَ فيه أقلُّ؛ لأنّ فيه تَبْديلَ مَحَلِّ الكلامِ لا غيرُ وفي الأوّلِ إثباتُ ما ليس بثابتٍ فكان الثّاني أقلّ تَغْيِيرًا فكان التّصْحيحُ به أولى وتُسَمّى هذه اليمينُ اليمينَ المُعْتَرِضَةَ لاعتِراضِ شرطٍ بين الشّرطِ والجزاءِ، ولو نَوَى الوجهَ الأوّلَ صَحّتْ نيّتُه؛ لأنّ اللّفْظَ يحتملُه ولهذا قال محمّدٌ: إلاّ أنْ يعنيَ غيرَ ذلك فيكونَ على ما عَنَى.

وَلو قال المُكاتَبُ أو العبدُ المأذونُ: كُلُّ عبدٍ أملِكُه فهو حُرٌّ فعَتَقَ ثُمّ مَلَكَ عبدًا لا يعتِقُ؛ لأنّ قوله: أملِكُ للحالِ لما يتناوَلُه للحالِ نوعَ ملكٍ إلاّ أنّه غيرُ صالِحٍ للإعتاقِ فتَنْحَلُّ اليمينُ لا إلى الجَزاءِ.

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه إذا أعتقت فهو حُرٌّ فعَتَقَ فمَلَكَ عبدًا عَتَقَ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بالملكِ الحاصِلِ له بعدَ عِتْقِه وإنّه ملكٌ صالِحٌ للإعتاقِ فصَحّتِ الإضافةُ بخلافِ الصّبيِّ إذا قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه بعدَ البُلوغِ فهو حُرٌّ ثُمّ بَلَغَ فمَلَكَ عبدًا أنّه لا يعتِقُ؛ لأنّ الصّبيّ ليس من أهلِ الإعتاقِ تَنْجيزًا وتَعليقًا لكَوْنِه من التّصرُّفاتِ الضّارّةِ المحضةِ [٢/ ١٦٦ب]. فأمّا العبدُ فهو من أهلِه لكَوْنِه عاقِلاً بالِغًا إلاّ أنّه لا يَنْفُذُ [(١)] تَنْجيزُ العتقِ منه لعَدَمِ شرطِه وهو الملكُ الصّالِحُ فإذا عُلِّقَ بملكٍ يصْلُحُ شرطًا له صَحّ.

وَلو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه فيما استُقْبِلَ فهو حُرٌّ أو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أشتَريه فهو حُرٌّ فعَتَقَ فمَلَكَ بعدَ ذلك عبدًا أو اشترى عبدًا لا يعتِقُ عندَ أبي حنيفةَ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يعتِقُ.

وجه قولِهما: أنّ قوله: أملِكُه فيما استُقْبِلَ يتناوَلُ [كُلّ] [(٢)] ما يملِكُه إلى آخِرِ عُمُرِه فيُعْمَلُ بعُمومِ اللّفْظِ كما في الحُرِّ؛ ولأنّ في الحمْلِ على الاستقبالِ تَصْحيحَ تَصَرُّفِه وفي الحمْلِ على الحالِ إبْطالٌ فكان الحمْلُ على الاستقبالِ أولى.

ولأبي حنيفةَ: أنّ لَلْمُكاتَب نوعَ ملكٍ ضَروريٍّ يُنْسَبُ إليه في حالةِ الرّقِّ في حالةِ الكِتابةِ بمنزلةِ المجازِ لمُقابَلةِ الملكِ المُطْلَقِ. ألا تَرَى إلى قولِ النّبيِّ ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ...» [(٣)] الحديثَ أضافَ المالَ إليه بلامِ الملكِ دَلّ أنّ له نوعَ ملكٍ فهو مُرادٌ بهذا

---

(١) في المخطوط: «يتقيد».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) سبق تخريجه.

الإيجاب بالإجماعِ بدَليلِ أنّه لو قال: إنْ مَلَكتُ هذا العبدَ بعَيْنِه في المُسْتقبَلِ فهو حُرٌّ فمَلَكَه في حالِ الكِتابةِ فباعَه ثُمّ اشتَراه بعدَما صار حُرًّا لا يعتِقُ وتَنْحَلُّ اليمينُ بالشِّراءِ الأوّلِ؛ لأنّ الملكَ المجازيّ مُرادٌ، فخرجتِ الحقيقةُ (من أن تكون مرادة) [١] كيْ لا يُؤَدّيَ إلى الجمْعِ بين الحقيقةِ والمجازِ في لفظٍ واحدٍ وقد قالوا في عبدٍ قال: للّه تعالى عَلَيّ عِتْقُ نَسَمةٍ أو إطعامُ مسكينٍ: لَزِمَه ذلك وكان عليه إذا عَتَقَ؛ لأنّ هذا إيجابُ الإعتاقِ، والإطعامُ في الذِّمّةِ وذِمّتُه تحتَمِلُ الإيجابَ فيصحُّ ويَلْزَمُه الخُروجُ عنه بعدَ العتقِ.

وَلو قال: إنِ اشتريْت هذا العبدَ فهو حُرٌّ أو إنِ اشتريْت هذه الشّاةَ فهي هَدْيٌ لم يَلْزَمْه ذلك في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ حتّى يُضيفَ إلى ما بعدَ العتقِ فيقول: إنِ اشتريْته بعدَ العتقِ.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: يَلْزَمانِه.

لأنّ من أصلِ أبي حنيفةَ أنّ العبدَ يُضافُ إليه الشِّراءُ في الحالِ وإنْ كان بمنزلةِ المجازِ بمُقابَلةِ الشِّراءِ بعدَ الحُرّيّةِ، والمجازُ مُرادٌ فلا تكونُ الحقيقةُ مُرادةً.

ومن أصلِهما أنّ هذا يتناوَلُ ما يُستقبَلُ من الشِّراءِ في عُمُرِه وتَصْحيحُ اليمينِ أيضًا أولى من إبْطالها.

وقد قالوا جميعًا في مُكاتَبٍ أو عبدٍ قال: إنْ دخلت هذه الدّارَ فعبدي هذا حُرٌّ ثُمّ أُعْتِقَ فدخلَ الدّارَ لم يعتِقِ العبدُ؛ لأنّ هذا الملكَ غيرُ صالِحٍ للعِتْقِ ولم توجَدْ الإضافةُ إلى ما يصْلُحُ.

وَقالوا في حُرٍّ قال لامرأةٍ حُرّةٍ: إذا مَلَكتُك فأنتِ حُرّةٌ أو إذا اشتريْتُك فأنتِ حُرّةٌ فارْتَدّتْ ولحِقَتْ بدارِ الحرْب ثُمّ سُبيَتْ فاشتَراها الحالِفُ: أنّها لا تعتِقُ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ وعندَهما تعتِقُ بناءً على أنّ من أصلِ أبي حنيفةَ أنّه يُحمَلُ الملكُ أو الشِّراءُ على ما يقبَلُه المحَلُّ في الحالِ وهو ملكُ النّكاحِ ههنا والشِّراءُ أيضًا يصْلُحُ عِبارةً عن سبب هذا الملكِ وهو النّكاحُ، والحُرّيّةُ أيضًا تَصْلُحُ عِبارةً عَمّا يُبْطِلُه وهو الطّلاقُ.

وكَلامُ أبي حنيفةَ في هذا الفصلِ ظاهرٌ؛ لأنّ اليمينَ تُحمَلُ على ما يَسْبقُ إلى الأوهامِ

---

(١) في المطبوع: «عن الإرادة».

ولا تَنْصَرِفُ الأوهامُ إلى ارْتِدادِها ولُحوقِها بدارِ الحرْب وسَبْيِها؛ لأنّ ذلك غيرُ مَظْنونٍ بالمسلمةِ فكان صَرْفُ كلامِه إلى ما ذَكَرْنا أولى من صَرْفِه إلى ما تَسْبقُ إليه الأوهامُ ومن أصلِهما أنّه يُحمَلُ مُطْلَقُ الملكِ على الملكِ الحقيقيِّ الصّالِحِ للإعتاقِ وهو الذي يوجدُ بعدَ السّبْيِ.

ولو قال لها: إذا ارْتَدَدْتِ وسُبِيتِ فمَلَكتُك أو اشتريْتُك فأنتِ حُرّةٌ فكان ذلك؛ عَتَقَتْ في قولِهم؛ لأنّه أضافَ العتقَ إلى الملكِ الحقيقيِّ فيُضافُ إليه واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَمن هذا القبيلِ إذا قال: أوّلُ عبدٍ أشتَريه فهو حُرٌّ فاشترى عبدًا عَتَقَ؛ لأنّ الأوّلَ اسمٌ لفَرْدٍ سابقٍ وقد وُجِدَ ولو اشترى عبدَيْنِ مَعًا [لم يعتِقْ أحدُهما؛ لأنّه إنْ وُجِدَ معنى السّبْقِ فلم يوجدْ معنى التّفَرُّدِ. فإنِ اشترى عبدَيْنِ مَعًا] (١) ثُمّ اشترى آخَرَ (٢) لم يعتِقِ الثّالِثُ؛ لأنّه إنْ وُجِدَ فيه معنى التّفَرُّدِ فقد انعَدَمَ معنى السّبْقِ وقد استَشْهَدَ محمّدٌ في الكِتاب لبيانِ الثّالِثِ ليس بأوّلٍ أنّه لو قال: آخِرُ عبدٍ اشتريْته فهو حُرٌّ، فاشترى عبدَيْنِ مَعًا ثُمّ اشترى آخَرَ ثُمّ مات المولى أنّه يعتِقُ الثّالِثُ فدَلّ أنّه آخِرٌ، وإذا كان آخِرًا لا يكونُ أوّلاً ضرورةَ لاستِحالةِ كونِه (٣) ذاتًا واحدةً من المخْلوقينَ أوّلاً وآخِرًا.

ولو قال: أوّلُ عبدٍ أشتَريه واحدًا فهو حُرٌّ؛ عَتَقَ الثّالِثُ؛ لأنّه أعتَقَ عبدًا يَتّصِفُ بكَوْنِه فردًا سابقًا في حالِ الشّراءِ وقد وُجِدَ هذا الوصفُ في العبدِ الثّالِثِ، ولو قال: آخِرُ عبدٍ أشتَريه فهو حُرٌّ فاشترى عبدًا ثُمّ لم يشترِ غيرَه حتّى مات المولى لم يعتِقْ؛ لأنّ الآخِرَ اسمٌ لفَرْدٍ لاحِقٍ وهذا فردٌ سابقٌ فكان أوّلاً لا آخِرًا، ولو اشترى عبدًا ثُمّ عبدًا ثُمّ مات المولى عَتَقَ الثّاني؛ لأنّه آخِرُ عبدٍ اشتَراه.

واختُلِفَ [٢/ ١٦٧أ] في وقتِ ثُبوتِ العتقِ فعندَ أبي حنيفةَ يعتِقُ يومَ اشتَراه وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يومَ مات.

وجه قولِهما: أنّه عَلّقَ العتقَ بصِفةِ الآخِريّةِ وإنّما يتحقّقُ عندَ موتِه إذا لم يشترِ آخَرَ.

ألا تَرَى أنّه لو اشترى بعدَه عبدًا آخَرَ حُرِمَ هو من أنْ يكونَ آخِرًا فيتوَقّفُ اتّصافُه بكَوْنِه آخِرًا على عَدَمِ الشّراءِ بعدَه ولا يتحقّقُ ذلك إلاّ بالموتِ.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «عبدًا».
(٣) في المخطوط: «أن يكون».

لأبي حنيفة: أنّه لَمّا لم يشترِ آخَرَ بعدَه حتّى مات؛ تَبيّنَ أنّه كان آخِرًا يومَ اشتَراه إلاّ أنّا كُنّا لا نَعْرِفُ ذلك لجَوازِ أنْ يشتريَ آخَرَ بعدَه فتَوَقّفنا في تَسْميَتِه آخِرًا فإذا لم يشترِ آخَرَ حتّى مات زالَ التّوَقُّفُ وتَبيّنَ أنّه كان آخِرًا من وقتِ الشِّراءِ ولو اشترى عبدًا ثُمّ عبدَيْنِ [مَعًا] [(١)]؛ لم يعتِقْ أحدُهم.

امّا الأوّل: فلا شَكّ فيه؛ لأنه أوّلٌ فلا يكونُ آخِرًا وأمّا الآخَرانِ: فلأنّ الآخِرَ اسمٌ لفَرْدٍ لاحِقٍ ولم يوجدْ معنى التّفَرُّدِ فلا يعتِقْ أحدُهما، وَأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به وجودُ الشّرطِ فالحالِفُ لا يَخْلو: إمّا أنْ يكونَ مُقِرًّا بوجودِ الشّرطِ، وإمّا أنْ يكونَ مُنْكِرًا وجودَه.

فإنْ كان مُقِرًّا يَظْهَرُ بإقرارِه كائنًا ما كان من الشّرطِ.

وإنْ كان مُنْكِرًا: فإنْ كان الشّرطُ مِمّا لا يُعْرَفُ إلاّ من قِبَلِ المحلوفِ بعِتْقِه (كمَشيئةٍ ومَحَبّةٍ وبُغْضةٍ) [(٢)] والحيضِ ونحوِ ذلك يَظْهَرُ بقولِه، وإذا اختَلَفا كان القولُ قولَه؛ [لأنّه إذا كان أمرًا لا يُعْرَفُ إلاّ من قِبَلِه كان الظّاهرُ شاهدًا له فكان القولُ قولَه] [(٣)]، وإنْ كان أمرًا يُمْكِنُ الوُصولُ إليه من قِبَلِ غيرِه كدُخولِ الدار [(٤)] وكَلامِ زيدٍ وقُدومِ عَمْرٍو ونحوِ ذلك إذا اختَلَفا لا يَظْهَرُ إلاّ ببيِّنةٍ تَقومُ عليه من العبدِ ويكونُ القولُ عندَ عَدَمِ البيِّنةِ قول المولى؛ لأنّ العبدَ يَدّعي عليه العتقَ وهو يُنْكِرُ، فكان القولُ قول المُنْكِرِ مع يمينِه، ولو كان الشّرطُ وِلادةَ الأمةِ بأنْ قال لها: إنْ ولدْت فأنتِ حُرّةٌ فقالت: ولدْت فكذّبَها المولى فشَهِدَتِ امرأةٌ على الوِلادةِ لا تعتِقُ عندَ أبي حنيفةَ حتّى يَشْهَدَ بالوِلادةِ [(٥)] رجلانِ أو رجلٌ وامرأتانِ وعندَهما تعتِقُ بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ ثِقةٍ والمسألةُ مَرّتْ في فُصولِ العِدّةِ من (كِتاب الطّلاقِ).

وامّا الثّالث: وهو بيانُ مَنْ يدخلُ تحت مُطْلَقِ اسمِ المَمْلوكِ في الإعتاقِ المُضافِ إليه ومَنْ لا يدخلُ. فنَقولُ - وباللّه التّوْفيقُ -:

يدخلُ تحتَه عبدُ الرّهْنِ، الوديعةُ والآبِقُ والمغْصوبُ والمسلمُ والكافرُ والذّكَرُ والأُنْثى لانعِدامِ الخلَلِ في الملكِ والإضافةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كمشيته ومحبته وبغضه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «غير»
(٥) في المخطوط: «على الولادة».

ولو قال: عَنَيْت به الذُّكورَ دونَ الإناثِ لم يُدَيَّنْ في القضاءِ؛ لأنّه أدخَلَ كلِمةَ الإحاطةِ على المَمْلوكِ فإذا نَوَى به البعضَ؛ فقد نَوَى تخصيصَ العُمومِ وإنّه خلافُ الظّاهرِ فلا يُصَدَّقُ في القضاءِ ويُصَدَّقُ فيما بينه وبين اللّه تعالى؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه كلامُه، ويدخلُ فيه المُدَبَّرُ والمُدَبَّرةُ وأُمُّ الولدِ ووَلَداهما لما قُلْنا.

ألا تَرَى أنّ للمولى أنْ يَطَأَ المُدَبَّرةَ وأُمّ الولدِ مع أنّ حِلّ الوطْءِ مَنْفيٌّ شرعًا إلاّ بأحدِ نوعَي الملكِ مُطْلَقًا بقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٥-٦] ولا يدخلُ فيه المُكاتَبُ إلاّ أنْ يُعَيِّنَه؛ لأنّه خرج عن يَدِه بعقدِ الكِتابةِ وصار حُرًّا يَدًا فاختَلّ الملكُ والإضافةُ، فلا يدخلُ تحت إطلاقِ اسمِ المَمْلوكِ، ولهذا لا يَحِلُّ له وطْؤُها، ولو وطِئَها يَلْزَمُه العُقْرُ، وإنْ عَنَى المُكاتِبِينَ عَتَقوا؛ لأنّ الاسمَ يحتملُ ما عَنَى، وفيه تَشْديدٌ على نفسِه فيُصَدَّقُ، وكذا لا يدخلُ فيه العبدُ الذي أُعْتِقَ بعضُه؛ لأنّه حُرٌّ عندَهما وعندَه بمنزلةِ المُكاتَبةِ، ويدخلُ عبدُه المأذونُ سَواءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يكنْ لما قُلْنا.

وأمّا عَبيدُ [١] عبدِه المأذونِ إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ فهل يدخلونَ؟

قال أبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ: لا يدخلونَ إلاّ أنْ يَنْويَهم.

وقال محمّدٌ: يدخلونَ من غيرِ نيّةٍ.

[**وجه قولِه**: أنّه إذا لم يكنْ على العبدِ دَيْنٌ فعبدُ عبدِه ملكُه بلا خلافٍ فيعتِقُ.

و] [٢] **لهُمَا**: أنّ في الإضافةِ إليه قُصورًا، ألا تَرَى أنّه يُقالُ: هذا عبدُ فُلانٍ، وهذا عبدُ عبدِه، فلا يدخلُ تحت مُطْلَقِ الإضافةِ إلاّ بالنّيّةِ؛ لأنّه لَمّا نَوَى فقد اعتُبِرَ الملكُ دونَ الإضافةِ، والحاصِلُ أنّ محمّدًا يعتَبِرُ نفسَ الملكِ ولا خَلَلَ في نفسِه، وهما يعتَبرانِ معه الإضافةَ وفي الإضافةِ خَلَلٌ، واعتِبارُهما أولى؛ لأنّ الحالِفَ اعتَبَرَ الأمرَيْنِ جميعًا بقولِه: كُلُّ مَمْلوكٍ لي، فما لم يوجدا على الإطلاقِ لا يعتِقُ.

وإنْ كان على عبدِه دَيْنٌ مُحيطٌ برَقَبَتِه وبما في يَدِه لم يعتِقْ عَبيدُه [٣] عندَ أبي حنيفةَ، وإنْ نَواهم [عند أبي حنيفة] [٤] بناءً على أصلِه أنّ المولى لا يملِكُ عبدَ عبدِه المأذونِ

---

(١) في المخطوط: «عبد».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عبده».
(٤) زيادة من المخطوط.

المديونِ دَيْنًا مُسْتَغْرِقًا لرَقَبَتِه وكَسْبه .

وقال أبو يوسُفَ : إنْ نَواهم عَتَقوا ؛ لأنّهم مَماليكُه إلاّ أنّهم لا يُضافونَ إليه عندَ الإطلاقِ ، فإذا نَوَى وفيه تَشْديدٌ على نفسِه عَتَقوا ، وعندَ محمّدٍ يعتِقونَ ، وإنْ لم يَنْوِهم بناءً على ما ذَكَرْنا أنّ محمّدًا لا يَنْظُرُ إلاّ إلى الملكِ ، وهما يَنْظُرانِ إلى الملكِ والإضافةِ جميعًا ، ولا يدخلُ فيه مَمْلوكٌ [٢/ ١٦٧ب] بينه وبين أجنَبيٍّ ، كذا قال أبو يوسُفَ ؛ لأنّ بعضَ المَمْلوكِ لا يُسَمّى مَمْلوكًا حقيقةً ، وإنْ نَواه عَتَقَ استِحْسانًا ؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه لفظُه في الجملةِ وفيه تَشْديدٌ على نفسِه فيُصَدَّقُ وهل يدخلُ فيه الحمْلُ .

إنْ كانت أمةً في ملكِه يدخلُ ويعتِقُ بعِتْقِها ، وإنْ كان في ملكِه الحمْلُ دونَ الأمةِ بأنْ كان موصًى له بالحمْلِ لم يعتِقْ ؛ لأنّه لا يُسَمّى مَمْلوكًا على الإطلاقِ ؛ لأنّ في وجودِه خَطرًا ، ولهذا لا يجبُ على المولى صَدَقةُ الفِطْرِ عنه .

والدّليلُ عليه أنّه لو قال : إنِ اشتريْت مَمْلوكَيْنِ فهما حُرّانِ ، فاشترى جاريةً حامِلاً لم يعتِقا ؛ لأنّ شرطَ الحِنْثِ شراءُ مَمْلوكَيْنِ ، والحمْلُ لا يُسَمّى مَمْلوكًا على الإطلاقِ ، وكذا لو قال لأمَتِه : كُلُّ مَمْلوكٍ لي غيرِك فهو حُرٌّ ، لم يعتِقْ حَمْلُها ، فثَبَتَ أنّ إطلاقَ اسمِ المَمْلوكِ لا يتناوَلُ الحمْلَ ، فلا يعتِقُ إلاّ إذا كانت أمةً في ملكِه فيعتِقُ بعِتْقِها ؛ لأنّه في حُكمِ أجزائها .

وأمّا التّعليقُ الذي فيه معنى المُعاوَضةِ: فهو الكِتابةُ والإعتاقُ على مالٍ : أمّا الكِتابةُ فلَها كِتابٌ مُفْرَدٌ ، وأمّا الإعتاقُ على مالٍ : فالكلامُ فيه في مواضِعَ : في بيانِ ألفاظِه ، وفي بيانِ ماهيّةِ الإعتاقِ على مالٍ ، وفي بيانِ ما يصحُّ تَسْميَتُه فيه من البدَلِ وما لا يصحُّ ، وفي بيانِ حُكمِ صحّةِ التّسْميةِ وفَسادِها .

أمّا الأوّلُ: فنحوُ أنْ يقولَ لعبدِه : أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ ، أو بألفِ درهمٍ ، أو على أنْ تُعْطيني ألفًا [١] ، أو على أنْ تُؤَدّيَ إليّ ألفًا ، أو على أنْ تَجيئني بألفٍ ، أو على أنّ لي عليك ألفًا ، أو على ألفٍ تُؤَدّيها إليّ .

وكذا لو قال : بعْتُ نفسَكَ منكَ على كذا ، ووَهَبْتُ لَكَ نفسَكَ على أنْ تُعَوِّضَني كذا .

---

(١) في المخطوط : «ألف درهم» .

فهذا وقولُه: أنتَ حُرٌّ على كذا، أو أُعْتِقَك على كذا سَواءٌ، إذا قَبلَ عَتَقَ (لما ذُكِرَ)[1] فيما تَقَدّمَ أنّ البيعَ إزالةُ ملكِ البائعِ عن المبيعِ، والهِبةُ إزالةُ ملكِ الواهب عن الموهوب.

ثُمّ لو كان المُشْتَري والموهوبُ له مِمّنْ يصحُّ له الملكُ في المبيعِ والموهوب يَثْبُتُ الملكُ لهما، والعبدُ مِمّنْ لا يصحُّ أنْ يملِكَ نفسَه لما فيه من الاستِحالةِ، فنَفْيُ البيعِ والهِبةِ إزالةُ الملكِ لا إلى أحدٍ ببَدَلٍ على العبدِ، وهذا تَفْسيرُ الإعتاقِ على مالٍ.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ وعليك ألفُ درهم يعتِقُ من غيرِ قَبولٍ ولا يَلْزَمُه المالُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا يعتِقُ إلاّ بالقبولِ، فإذا قَبلَ عَتَقَ ولزِمَه المالُ، وعلى هذا الخلافِ إذا قال العبدُ لمولاه: أعتقني ولك ألفُ درهمٍ فأعتَقَه، والمسألةُ ذُكِرَتْ في (كِتاب الطّلاقِ).

وَأمّا بيانُ ماهيّتِه: فالإعتاقُ على مالٍ من جانِب المولى تَعليقٌ، وهو تَعليقُ العتقِ بشرطِ قَبولِ العِوَضِ، فيُراعَى فيه من جانِبه أحْكامُ التّعليقِ، حتّى لو ابتَدَأ المولى فقال: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، ثُمّ أرادَ أنْ يرجِعَ عنه قبل قبولِ العبدِ لا يملِكُ الرُّجوعَ عنه، ولا الفسخَ، ولا النّهيَ عن القبولِ، ولا يَبْطُلُ بقيامِه عن المجلسِ قبل قَبولِ العبدِ، ولا يُشْتَرَطُ حُضورُ العبدِ حتّى لو كان غائبًا عن المجلسِ يصحُّ، ويصحُّ تَعليقُه بشرطٍ وإضافَتُه إلى وقتٍ بأنْ يقول له: إنْ دخلتَ الدّارَ، وإنْ كلّمْتَ فُلانًا فأنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، أو يقول إنْ دخلت، أو إنْ كلّمْتَ فُلانًا فأنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ غدًا، أو رأسَ شهرِ كذا ونحوَ ذلك، ولا يصحُّ شرطُ الخيارِ فيه بأنْ قال: أنتَ حُرٌّ على ألفٍ على أنّي بالخيارِ ثلاثةَ أيّامٍ.

ومن جانِب العبدِ مُعاوَضةٌ وهو مُعاوَضةُ المالِ بالعتقِ؛ لأنّه من جانِبه تمليكُ المالِ بالعِوَضِ، وهذا معنى مُعاوَضةِ المالِ فيُراعَى فيه من جانِبه أحْكامُ مُعاوَضةِ المالِ كالبيعِ ونحوِه، حتّى لو ابتَدَأ العبدُ فقال: اشتريْتُ نفسي منكَ بكذا، فلَه أنْ يرجِعَ عنه، ويُبْطِلَ بقيامِه عن المجلسِ قبل قَبولِ المولى و(بقيامِ المولى)[2] أيضًا، ولا يَقِفُ على الغائب عن المجلسِ، ولا يحتملُ التّعليقَ بالشّرطِ والإضافةِ إلى الوقتِ، بأنْ قال: اشتريْتُ نفسي منكَ بكذا إذا جاءَ غَدٌ، أو قال: عندَ رأسِ شهرِ كذا.

ولو قال: إذا جاءَ غَدٌ فأعتِقْني على كذا جاز؛ لأنّ هذا تَوْكيلٌ منه بالإعتاقِ حتّى يملِكَ

---

(١) في المخطوط: «والمال دين عليه لما ذكرنا».
(٢) في المخطوط: «بقيامه».

العبدُ عَزْلَه قبل وجودِ الشّرطِ وبعدَه، وقبل أنْ يعتِقَ، ولو لم يعزِلْه حتّى أعتَقَه نَفَذَ إعتاقُه، ويجوزُ بشرطِ الخيارِ لهما عندَ أبي حنيفةَ على ما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ في فصلِ الخُلْعِ والطّلاقِ على مالٍ، ولا يصحُّ الإعتاقُ على مالٍ إلاّ في الملكِ؛ لأنّ التّعليقَ بما سِوَى الملكِ وسببه من الشُّروطِ لا صحّةَ له بدونِ الملكِ، وكذا المُعاوَضةُ.

ويعتِقُ العبدُ بنفسِ القبولِ؛ لأنّه من جانِبه تَعليقُ العتقِ بشرطِ قَبولِ العِوَضِ، وقد وُجِدَ الشّرطُ فيَنْزِلُ المُعَلّقُ، كالتّعليقِ بدُخولِ الدّارِ وغيرِه ومن جانِب العبدِ مُعاوَضةٌ، وزوالُ الملكِ عن المُعَوّضِ يتعَلّقُ بنفسِ قَبولِ العِوَضِ في المُعاوَضاتِ كالبيعِ ونحوِه، بخلافِ قولِه: إنْ أدّيْتَ إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ؛ لأنّه ليس فيه معنى المُعاوَضةِ رأسًا، بل هو تَعليقٌ محضٌ، وقد عَلّقَه بشرطِ الأداءِ، فلا يعتِقُ قبله، والعتقُ [٢/ ١٦٨أ] ههنا تَعَلّقَ بالقبولِ، فإذا قَبِلَ عَتَقَ.

ولو قال [المولى][1]: أعتقتُكَ أمسَ بألفِ درهمٍ، فلم يقبل، وقال العبدُ: قَبِلْت، فالقولُ قولُ المولى مع يمينِه؛ لأنّه من جانِب المولى تَعليقٌ بشرطِ القبولِ، والعبدُ يَدّعي وجودَ الشّرطِ والمولى يُنْكِرُ، فكان القولُ قول المولى كما لو قال لعبدِه: إنْ دخلتَ الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فمضى اليومُ والعبدُ يَدّعي الدُّخول وأنْكَرَ المولى كان القولُ قول المولى كذا ههنا.

ولو كان هذا الاختلافُ في البيعِ كان القولُ قول المُشْتَري، بأنْ قال البائعُ: بعْتُك عبدي أمسِ بألفِ درهمٍ، فلم تقبل، وقال المُشْتَري: بل قَبِلْت، فالقولُ قولُ المُشْتَري، والفرقُ أنّ البيعَ لا يكونُ بيعًا إلاّ بعدَ قَبولِ المُشْتَري، فإذا قال: بعْتُك فقد أقَرّ بالقبولِ، فبقولِه لم تقبل، يُريدُ الرُّجوعَ عَمّا أقَرّ به، وإبْطالَ ذلك فلم يقبل، بخلافِ الإعتاقِ على مالٍ؛ لأنّ كونَه تَعليقًا لا يَقِفُ على وجودِ القبولِ من العبدِ، إنّما ذاكَ شرطُ وُقوعِ العتقِ، فكان الاختلافُ واقعًا في ثُبوتِ العتقِ وعَدَمِه، فكان القولُ قول المولى.

ولو اختلف المولى والعبدُ في مِقْدارِ البدَلِ فالقولُ قولُ العبدِ؛ لأنّه هو المُسْتَحقُّ عليه المالُ، فكان القولُ قوله في القدرِ المُسْتَحقّ كما في سائرِ الدُّيونِ، ولأنّه لو وقَعَ الاختلافُ في أصلِ الدّيْنِ كان القولُ قول المُنْكِرِ، فكذا إذا وقَعَ في القدرِ، وإنْ أقاما بيّنةً فالبيّنةُ بيّنةُ

---

(١) ليست في المخطوط.

المولى؛ لأنها تُثبتُ زيادةً، بخلافِ التّعليقِ بالأداءِ إذا اختلَفا في مبلَغِ المالِ أنّ القول فيه قولُ المولى؛ لأنّ الاختلافَ هناك وقَعَ في شرطِ ثُبوتِ العتقِ إذْ هو تَعليقٌ [محضٌ] [١]، فالعبدُ يَدّعي العتقَ على المولى وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قوله، وإنْ أقاما البيِّنةَ فالبيِّنةُ بيِّنةُ العبدِ؛ لأنّ الأصلَ هو العمَلُ بالبيِّنَتَيْنِ ما أمكَنَ إذْ هو عَمَلٌ بالدّليلَيْنِ، وههنا أمكَنَ الجمْعُ بينهما لعَدَمِ التّنافي؛ لأنّا نَجْعَلُ كأنّ المولى علّقَ عِتْقَه بكُلِّ واحدٍ من الشّرطَيْنِ على حيالِه، فأيُّهما وُجِدَ عَتَقَ، ثُمّ إذا قَبِلَ العبدُ عَتَقَ وصار البدَلُ المذكورُ دَيْنًا في ذِمّتِه إذا كان مِمّا يحتملُ الثُّبوتَ في الذِّمّةِ في الجملةِ على ما تَبيّنَ، ويَسْعَى وهو حُرٌّ في جميعِ أحْكامِه.

وذَكَرَ عَليٌّ الرّازيّ أصلاً فقال: المُسْتَسْعَى على ضَرْبينِ، كُلُّ مَنْ يَسْعَى في تخليصِ رَقَبَتِه فهو في حُكمِ المُكاتَب عندَ أبي حنيفةَ، وكُلُّ مَنْ يَسْعَى في بَدَلِ رَقَبَتِه الذي لَزِمَه بالعتقِ، أو في قيمةِ رَقَبَتِه لأجلِ بَدَلِ شرطٍ عليه، أو لدَيْنٍ ثَبَتَ في رَقَبَتِه فهو بمنزلةِ الحُرِّ في أحْكامِه، مثلُ أنْ يعتِقَ الرّاهنُ عبدَه المرهونَ وهو مُعْسِرٌ.

وكذلك العبدُ المأذونُ إذا أُعْتِقَ وعليه دَيْنٌ، وكذلك أمةٌ أعتقَها سَيِّدُها على أنْ تتزوّجَه فقبِلَتْ، ثُمّ أبَتْ، فإنّها تَسْعَى في قيمَتِها وهي بمنزلةِ الحُرّةِ، وكذلك إذا قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ [على قيمة] [٢] رَقَبَتِكَ، فقَبِلَ ذلك، فهو بمنزلةِ الحُرِّ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ السِّعايةَ في هذه الفُصولِ لَزِمَتْ بعدَ ثُبوتِ الحُرّيّةِ، وفي الفصلِ الأوّلِ قبل ثُبوتِها، وإنّما يَسْعَى ليتوَسّلَ بالسِّعايةِ إلى الحُرّيّةِ عندَ أبي حنيفةَ.

وعلى هذا لو أبْرأَ المولى المُكاتَبَ من مالِ الكِتابةِ فلم يقبل فهو حُرٌّ، وعليه أنْ يُؤَدّيَ الكِتابةَ؛ لأنّ الإبْراءَ يصحُّ من غيرِ قَبولٍ إلاّ أنّه يَرْتَدُّ بالرّدِّ لكنْ فيما يحتملُ الرّدّ، والعتقُ لا يحتملُ الرّدّ فلم يَرْتَدّ بالرّدِّ، والمالُ يحتملُ الرّدّ فيَرْتَدُّ بالرّدِّ فيعتِقُ ويَلْزَمُه المالُ.

وَلو قال لأمَتِه: أنتِ حُرّةٌ على ألفِ درهم فقبِلَتْ، ثُمّ ولدَتْ، ثُمّ ماتتْ لم يكنْ على الولدِ أنْ يَسْعَى في شيءٍ مِمّا أُعتِقَتْ عليه؛ لأنّها عَتَقَتْ بالقبولِ، ودَيْنُ الحُرّةِ لا يَلْزَمُ ولدَها، وسَواءٌ أعتَقَ عبدَه على عِوَضٍ فقَبِلَ، أو نصفَ عبدِه على عِوَضٍ [فقبلَ] [٣]، أنّه يصحُّ، غيرَ أنّه إذا أعتَقَ نصفَه على عِوَضٍ فقَبِلَ يُعْتَقُ نصفُه بالعِوَضِ ويَسْعَى العبدُ في

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.

نصفِ قيمَتِه عن النِّصفِ الآخَرِ، فإذا أدّى بالسِّعايةِ عَتَقَ باقيه، وهو قبل الأداءِ بمنزلةِ المُكاتَب في جميعِ أحْكامِه إلاّ أنّه لا يُرَدُّ في الرِّقِّ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وعلى قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: يعتِقُ كُلُّه ولا سِعايةَ عليه، بناءً على أنّ العتقَ يتجزّأُ عندَه فعِتْقُ البعضِ يوجِبُ عِتْقَ الباقي، فيجبُ تخريجُه إلى العتاقِ، فيَلْزَمُه السِّعايةُ، وعندَهما لا يتجَزّأُ، فكان عِتْقُ البعضِ [بعوضٍ][1] عِتْقًا للكُلِّ بذلك العِوَضِ، وَذَكَرَ محمّدٌ في الزّياداتِ فيمَنْ قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، أنتَ حُرٌّ على مائةِ دينارٍ، فقال العبدُ: قد قَبِلْت عَتَقَ، وكان عليه المالانِ جميعًا.

وكذا لو قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ ثلاثًا على ألفِ درهمٍ، أنتِ طالقٌ ثلاثًا على مائةِ دينارٍ، فقالت: قد قَبِلْت، طَلُقَتْ ثلاثًا بالمالَيْنِ جميعًا، وهذا قولُ محمّدٍ.

وقال أبو يوسُفَ في مسألةِ الطّلاقِ: القبولُ على الكلامِ الأخيرِ، وهي طالقٌ ثلاثًا بمائةِ دينارٍ.

قال الكَرْخيُّ: وكذلك قياسُ قولِه في العتقِ.

ووَجْهُه: [٢/ ١٦٨ب] أنّه لَمّا أوجَبَ العتقَ بعِوَضٍ، ثُمّ أوجَبَه بعِوَضٍ آخَرَ، فقد انفَسَخَ الإيجابُ الأوّلُ فتَعَلّقَ القبولُ بالثّاني كما في البيعِ ولِمحمّدٍ أنّ الإعتاقَ والطّلاقَ على مالٍ تَعليقٌ من جانِبِ المولى والزّوجِ، وأنّه لا يحتملُ الانفِساخَ، فلم يتضَمّنِ الإيجابُ الثّاني انفِساخَ الأوّلِ، فيصحُّ الإيجابانِ ويَنْصَرِفُ القبولُ إليهما جميعًا، إذْ هو يصْلُحُ جَوابًا لهما جميعًا، فيَلْزَمُ المالانِ جميعًا بخلافِ البيعِ؛ لأنّ إيجابَ البيعِ يحتملُ الفسخَ، فيتضَمّنُ الثّاني انفِساخَ الأوّلِ.

ولو باعَ المولى العبدَ من نفسِه، أو وهَبَ له نفسَه على عِوَضٍ، فلَه أنْ يَبيعَ العِوَضَ قبل القبْضِ؛ لأنّه مَمْلوكٌ بسببٍ لا يَنْفَسِخُ بهَلاكِه، فجاز التّصَرُّفُ فيه قبل قَبْضِه كالميراثِ، وله أنْ يعتِقَه على مالٍ مُؤَجّلٍ ويكونُ ذلك دَيْنًا عليه مُؤَجّلاً وله أنْ يشتريَ منه شيئًا يَدًا بيَدٍ ولا خَيْرَ فيه نَسيئةً؛ لأنّ من أصلِ أصحابنا أنّ جميعَ الدُّيونِ يجوزُ التّصَرُّفُ فيها قبل القبْضِ كأثْمانِ البياعاتِ والعُروضِ والغُصوب إلاّ بَدَلَ الصّرْفِ والسّلَمِ، إلاّ أنّه لا بُدّ من القبْضِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

في المجلسِ لئَلاّ يكونَ افْتِراقًا عن دَيْنٍ بدَيْنٍ، ولو أعطاه كفيلاً بالمالِ الذي أعتَقَه عليه فهو جائزٌ؛ لأنّه صار حُرًّا بالقبولِ والكفالةِ بدَيْنٍ على حُرٍّ جائزةٌ، كالكفالةِ بسائرِ الدُّيونِ، ووَلاؤه يكونُ للمولى؛ لأنّه عَتَقَ على ملكِه، والمالُ دَيْنٌ على العبدِ؛ لأنّه في [(١)] جانِبِه مُعاوَضةٌ، والمولى أيضًا لم يَرْضَ بخُروجِه عن ملكِه إلاّ ببَدَلٍ، وقد قَبِلَه العبدُ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا بيانُ ما تَصحُّ تَسْميَتُه من البدَلِ وما لا تَصحُّ، وبيانُ حُكمِ [صحة] [(٢)] التّسْميةِ وفَسادِها: فالبدَلُ لا يَخْلو: إمّا أنْ يكونَ عَيْنَ مالٍ، وإمّا أنْ يكونَ مَنْفَعةً وهي الخدمةُ.

فإنْ كان عَيْنَ مالٍ: فإمّا أنْ يكونَ بعَيْنِه بأنْ كان مُعَيّنًا [(٣)] مُشارًا (إليه، وإمّا) [(٤)] أنْ كان [بغيرِ عَيْنِه بأنْ كان] [(٥)] مُسَمًّى غيرَ مُشارٍ إليه، فإنْ كان بعَيْنِه عَتَقَ إذا قَبِلَ؛ لأنّ عَدَمَ ملكِه لا يمْنَعُ صحّةَ تَسْميَتِه عِوَضًا؛ [لأنّه مالٌ معصومٌ مُتَقَوّمٌ معلومٌ] [(٦)]، ثُمّ إنْ أجاز المالِكُ سَلّمَ عَيْنَه إلى المولى، وإنْ لم يَجز فعلى العبدِ قيمةُ العيْنِ؛ لأنّ تَسْميته قد صَحّتْ، ثُمّ تَعذّرَ تَسْليمُه لحقّ الغيرِ فتجبُ قيمَتُه إذِ الإعتاقُ على القيمةِ جائزٌ، كما إذا قال: أعتقتُك على قيمةِ رَقَبَتِك، أو على قيمةِ هذا الشّيءِ فقَبلَ يعتِقُ، وكذا عَدَمُ الملكِ في باب البيعِ لا يمْنَعُ صحّةَ التّسْليمِ أيضًا، حتّى لو اشترى شيئًا بعبدٍ مَمْلوكٍ لغيره صَحّ العقدُ، إلاّ أنّ هناك إنْ [(٧)] لم يُجِزِ المالِكُ يُفْسَخُ العقدُ، إذْ لا سبيلَ إلى إيقاعِه على القيمةِ، إذِ البيعُ على القيمةِ بيعٌ فاسِدٌ، وههنا لا يُفْسَخُ لإمكانِ الإيقاعِ على القيمةِ، إذِ الإعتاقُ على القيمةِ إعتاقٌ صَحيحٌ فتجبُ قيمَتُه كما في باب النّكاحِ والخُلْعِ والطّلاقِ على مالٍ، وإنْ كان بغيرِ عَيْنِه، فإنْ كان المُسَمّى معلومَ الجِنْسِ والنّوعِ والصِّفةِ كالمكيلِ والموزونِ فعليه المُسَمّى، وإنْ كان معلومَ الجِنْسِ والنّوعِ مجهول الصِّفةِ كالثّياب الهَرَوِيّةِ، والحيَوانِ من الفرَسِ والعبدِ والجاريةِ فعليه الوسَطُ من ذلك، وإذا جاءَ بالقيمةِ يُجْبَرُ المولى على القبولِ؛ لأنّ جَهالةَ الصِّفةِ لا تمنَعُ صحّةَ التّسْميةِ فيما وجَبَ بَدَلاً عَمّا ليس بمالٍ كالمهرِ، وبَدَلُ الخُلْعِ والصُّلْحِ من [(٨)] دَمِ العمْدِ.

---

(١) في المخطوط: «مكن».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «مسمى».
(٤) في المخطوط: «إذا ما».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «إذا».
(٨) في المخطوط: «عن».

وإنْ كان مجهول الجِنْسِ كالثّوب والدّابّةِ والدّارِ فعليه قيمةُ نفسِه؛ لأنّ الجهالةَ مُتَفاحِشةٌ ففَسَدَتِ التّسْميةُ.

والأصلُ فيه أنّ كُلّ جَهالةٍ تَزيدُ على جَهالةِ القيمةِ توجِبُ فسادَ التّسْميةِ كالجهالةِ الزّائدةِ على جَهالةِ مَهْرِ المثلِ في باب النّكاحِ، والكلامُ فيه كالكلامِ في المهرِ، وقد ذَكَرْناه على سبيلِ الاستِقْصاءِ في كِتاب النّكاحِ، إلاّ أنّ هناك إذا فسَدَتِ التّسْميةُ يجبُ مَهْرُ المثلِ وههنا تجبُ قيمةُ العبدِ؛ لأنّ الموجِبَ الأصليّ هناك مَهْرُ المثلِ؛ لأنّ قيمةَ البضْعِ وهو العدْلُ والمصيرُ إلى المُسَمّى عندَ صحّةِ التّسْميةِ، فإذا فسَدَتْ صُيِّرَ إلى الموجِب الأصليِّ، والموجِبُ الأصليُّ ههنا قيمةُ العبدِ؛ لأنّ الإعتاقَ على مالٍ مُعاوَضةٌ من جانِب العبدِ، ومبنَى المُعاوَضةِ على المُعادَلةِ، وقيمةُ الشّيءِ هي التي تُعادِلُه إلاّ أنّ عندَ صحّةِ التّسْميةِ يُعْدَلُ عنها إلى المُسَمّى، فإذا فسَدَتْ وجَبَ العِوَضُ الأصليُّ وهو قيمةُ نفسِ العبدِ، وإنْ كان البدَلُ مَنْفَعةً وهي خدمَتُه بأنْ قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ على أنْ تخدُمَني سَنةً، فقَبلَ فهو حُرٌّ حين قَبلَ ذلك، والخدمةُ عليه يُؤْخَذُ بها؛ لأنّ تَسْميةَ الخدمةِ قد صَحّتْ فيَلْزَمُه المُسَمّى، كما إذا أعتَقَه على مالٍ عَيْنٍ، فإنْ مات المولى قبل الخدمةِ بَطَلَتِ الخدمةُ؛ لأنّه قَبلَ الخدمةَ للمولى، وقد مات المولى لكنْ للوَرَثةِ أنْ يأخُذوا العبدَ بقيمةِ نفسِه، وإنْ كان قد خَدَمَ بعضَ السّنةِ، فلَهم أنْ يأخُذوه بقدرِ ما بقيَ من الخدمةِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسُفَ.

وقال محمّدٌ: يُؤْخَذُ العبدُ [٢/ ١٦٩أ] بقيمةِ تَمامِ الخدمةِ إنْ كان لم يَخْدُم، وإنْ كان قد خَدَمَ بعضَ الخدمةِ يُؤْخَذُ بقيمةِ ما بقيَ من الخدمةِ.

وكذلك إذا قال: أنتَ حُرٌّ على أنْ تخدُمَني أربعَ سِنينَ فمات المولى قبل الخدمةِ، على قولِهما على العبدِ قيمةُ نفسِه، وعلى قولِ محمّدٍ عليه قيمةُ خدمَتِه أربعُ سِنينَ، ولو كان العبدُ خَدَمَه، ثُمّ مات المولى، فعلى قولِهما على العبدِ ثلاثةُ أرباعِ قيمةِ نفسِه، وعلى قولِ محمّدٍ عليه قيمةُ خدمَتِه ثلاثُ سِنينَ.

وكذلك لو مات العبدُ وترك مالاً يُقْضَى لمولاه في مالِه بقيمةِ نفسِه عندَهما، وعندَه يُقْضَى بقيمةِ الخدمةِ.

وأصلُ المسألةِ: أنّ مَنْ باعَ العبدَ من نفسِه بجاريةٍ بعَيْنِها، ثُمّ استَحقّتِ الجاريةُ، فعلى

قولِهما يرجعُ [المولى على] [١] العبدِ بقيمةِ نفسِه، وعلى قولِ محمّدٍ يرجعُ عليه بقيمةِ الجاريةِ، وكذلك لو لم تَسْتَحِقَ ولكنّه وجَدَ بها عَيْبًا فردّها فهو على هذا الاختلافِ.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنّ المولى إذا قبَضَ العِوَضَ، ثُمّ استُحِقّ من يَدِه، فإنْ كان [العِوَضُ] [٢] بغيرِ عَيْنِه كالمكيلِ والموزونِ الموصوفَيْنِ في الذِّمّةِ، أو العُروضِ والحيَوانِ كالثّوب الهَرَويِّ والفرَسِ والعبدِ والجاريةِ، فعلى العبدِ مثلُه في المكيلِ والموزونِ والوسَطِ في الفرَسِ [٣] والحيَوانِ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على مالٍ في الذِّمّةِ، وإنّما المقبوضُ عِوَضٌ عمّا في الذِّمّةِ، فإذا استُحِقّ المقبوضُ، فقد انفَسَخَ فيه القبْضُ، فبقيَ موجِبُ العقدِ على حالِه، فلَه أنْ يرجعَ على العبدِ بذلك، وإنْ كان عَيْنًا في العقدِ وهو مَكيلٌ، أو موزونٌ فكذلك يرجعُ المولى على العبدِ بمثلِه لما قُلْنا، وإنْ كان عَرَضًا، أو حَيَوانًا، فقد قال أبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ: يرجعُ على العبدِ بقيمةِ نفسِه، وقال محمّدٌ: يرجعُ [عليه] [٤] بقيمةِ المُسْتَحقِّ.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ العقدَ لم يُفْسَخْ باستِحْقاقِ العِوَضِ؛ لأنّه لا يحتملُ الفسخَ، فيَبْقَى موجِبًا لتَسْليمِ العِوَضِ، وقد عَجَزَ عن تَسْليمِه، فيرجعُ عليه بقيمَتِه كالخُلْعِ والصُّلْحِ عن دَمِ العمْدِ [٥].

ولهُمَا: أنّ العقدَ قد انفَسَخَ في حقِّ أحدِ العِوَضَيْنِ وهو المُسْتَحقُّ؛ لأنّه تَبيّنَ أنّه وقَعَ على عَيْنٍ هي ملكُ المُسْتَحقِّ ولم يُجِزْ، وإذا انفَسَخَ العقدُ في حقِّه لم يَبْقَ موجِبًا على العبدِ تَسْليمُه، فلا يجبُ عليه قيمَتُه، وانفِساخُه في حقِّ أحدِ العِوَضَيْنِ يقتَضي انفِساخَه في حقِّ العِوَضِ الآخَرِ، وهو نفسُ العبدِ إلاّ أنّه تَعَذّرَ إظهارُه في صورةِ العبدِ، فيجبُ إظهارُه في معناه وهو قيمَتُه، فتجبُ عليه إذْ قيمَتُه قائمةٌ مقامَ رَدِّ عَيْنِه، كمَنْ باعَ عبدًا بجاريةٍ فأعتَقَها وماتَ العبدُ قبل التّسْليمِ أنّه يجبُ على البائعِ رَدُّ قيمةِ العبدِ لا رَدُّ قيمةِ الجاريةِ كذا ههنا.

ثُمّ ما ذَكَرْنا من الاختلافِ في العيبِ إذا كان العيبُ فاحِشًا؛ لأنّ العيبَ الفاحِشَ في هذا البابِ يوجِبُ الرّدّ بلا خلافٍ كما في بابِ النِّكاحِ، فأمّا إذا كان غيرَ فاحِشٍ فكذلك عندَهما.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «العرض».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «العبد».

وأمّا عندَ محمّدٍ: فلا يملِكُ رَدّها؛ لأنّه مُبادَلةُ المالِ بمالٍ ليس بمالٍ فأشبَهَ النِّكاحَ، والمرأةُ في باب النِّكاحِ لا تملِكُ رَدّ المهرِ إلاّ في العيب الفاحِشِ، وكذا [١] المولى ههنا.

وَلو قال عبدُ رجلٍ لرجلٍ اشتَرِ لي نفسي من مولايَ بألفِ درهم فاشتَراه فالوكيلُ لا يَخْلو إمّا أنْ يُبيّنَ وقتَ الشِّراءِ أنّه يشتري نفسَ العبدِ للعبدِ. وأمّا إنْ لم يُبيِّنْ، فإنْ بيّنَ [جاز] [٢] الشِّراءُ وعَتَقَ العبدُ بقَبولِ الوكيلِ، ويجبُ الثّمَنُ؛ لأنّه أتى بما وُكِّلَ به فنَفَذَ على الموَكّلِ.

ثُمّ ذَكَرَ في الجامِعِ أنّ المولى يُطالبُ الوكيلَ [٣]، ثُمّ الوكيلُ يُطالبُ العبدَ، فقد جُعِلَ هذا التّصرُّفَ في حُكمِ مُعاوَضةِ المالِ بالمالِ كالبيعِ ونحوِه؛ لأنّ حُقوقَ العبدِ إنّما تَرْجِعُ إلى الوكيلِ في مثلِ هذه المُعاوَضةِ.

وذَكَرَ في (كِتاب الوكالةِ) أنّه يُطالبُ العبدَ ولا يُطالبُ الوكيلَ، واعتَبَرَه مُعاوَضةَ المالِ بما ليس بمالٍ كالنِّكاحِ والخُلْعِ والطّلاقِ على مالٍ والصُّلْحِ عن دَمِ العمْدِ.

وإنْ لم يُبيِّنْ يصيرُ مُشْتَريًا لنفسِه لا للعبدِ؛ لأنّه إذا لم يُبيِّنْ فالبائعُ رَضِيَ بالبيعِ لا بالإعتاقِ.

فلو قُلْنا: إنّه يصيرُ مُشْتَريًا للعبدِ ويُعْتَقُ لَكان فيه إثباتُ الوِلايةِ على البائعِ من غيرِ رِضاه، وهذا لا يجوزُ، وكذلك لو بيّنَ، لكنّه لو خالَفَ في الثّمَنِ بأنِ اشترى بزيادةٍ بأنْ يكونَ مُشْتَريًا لنفسِه لما قُلْنا هذا إذا أمر العبدُ رجلاً.

فأمّا إذا أمر رجلٌ العبدَ: بأنْ يشتريَ نفسَه من مولاه بألفِ درهم فاشترى، فإنْ بيّنَ وقتَ الشِّراءِ أنّه يشتري للآمِرِ فيكونُ للآمِرِ ولا يعتِقُ؛ لأنّه اشترى للآمِرِ لا لنفسِه، فيقعُ الشِّراءُ للآمِرِ ويصيرُ قابضًا لنفسِه بنفسِ العقدِ؛ لأنّه في يَدِ نفسِه، وليس للبائعِ أنْ يَحْبسَه لاستيفاءِ الثّمَنِ؛ لأنّه صار مُسَلِّمًا إيّاه حيثُ عَقَدَ على شيءٍ هو في يَدِه وهو نفسُه، ولو وجَدَ الآمِرُ به عَيْبًا له أنْ يَرُدّه، ولكنّ العبدَ هو الذي يتولّى الرّدّ؛ لأنّه وكيلٌ وحُقوقُ هذا العقدِ تَرْجِعُ إلى العاقِدِ، وإنْ لم يُبيِّنْ وقال [٢/ ١٦٩ب] لمولاه بِعْ نفسي مِنّي بألفِ درهم فباعَ صار مُشْتَريًا لنفسِه وعَتَقَ؛ لأنّ بيعَ نفسِ العبدِ منه إعتاقٌ، وكذا إذا بيّنَ وخالَفَ أمره يصيرُ

---

(١) في المخطوط: «فكذلك».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الموكل».

مُشْتَرِيًا لنفسِه ويعتِقُ.

وَلو قال لعبدٍ واحدٍ: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، فقبل أنْ يقبَلَ قال له: أنتَ حُرٌّ على مائةِ دينارٍ، فإنْ قال: قَبِلْت بالمالَيْنِ عَتَقَ ويَلْزَمُه المالانِ جميعًا بلا خلافٍ، وإنْ قال: قَبِلْت مُبْهَمًا ولم يُبيِّنْ فكذلك في قولِ محمّدٍ.

وكذلك ولو قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ ثلاثًا على ألفِ درهمٍ أنتِ طالقٌ ثلاثًا على مائةِ دينارٍ، أنّها إنْ قالت: قَبِلْت بالمالَيْنِ فالثلاث [1] بالمالَيْنِ بلا خلافٍ، وإنْ أبْهَمَتْ بأنْ قالت: [قبلت] [2] طَلُقَتْ ثلاثًا بالمالَيْنِ جميعًا في قولِ محمّدٍ.

وأمّا عندَ أبي يوسُفَ: فالقبولُ على الكلامِ الأخيرِ في المسألَتَيْنِ، ووَجْهُه أنّ القبول خرج عَقِبَ الإيجاب الأخيرِ فيَنْصَرِفُ إليه، ولأنّه لَمّا أوجَبَ بعِوَضٍ، ثُمّ أوجَبَ بعِوَضٍ آخَرَ تَضَمّنَ الثّاني انفِساخَ الأوّلِ كما في البيعِ، فيتعَلّقُ القبولُ بالثّاني [3] كما في البيعِ.

ولِمحمّدٍ: الفرقُ بين الإعتاقِ والطّلاقِ على مالٍ، وبين البيعِ، وهو أنّ الإعتاقَ والطّلاقَ على مالٍ تَعليقٌ من جانِبِ المولى والزّوجِ وأنّه لا يحتملُ الانفِساخَ فلم يوجِبِ الثّاني رَفْعَ الأوّلِ بخلافِ البيعِ؛ لأنّه يحتملُ الرّفْعَ والفسخَ، فيوجِبُ الثّاني ارْتِفاعَ الأوّلِ، هذا إذا قَبِلَ [بالمالَيْنِ] [4]، أو قَبِلَ على الإبْهامِ، فأمّا إذا قَبِلَ بأحدِ المالَيْنِ، بأنْ قال: قَبِلْت بالدّراهمِ، أو قال: قَبِلْت بالدّنانيرِ، ذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ أنه لا يُعْتَقُ، وعَلّلَ بأنّ للمولى أنْ يقول أعتقتُك بالمالَيْنِ جميعًا، فلا يُعْتَقُ بقَبولِ أحدِهما مع الشّكِّ، وذَكَرَ أبو يوسُفَ في الأمالي أنّه يعتِقُ، ووَجْهُه أنّ المولى أتَى بإيجابينِ مُخْتَلِفَيْنِ، فكان للعبدِ أنْ يقبَلَ بأيِّهما شاء.

وَلو قال: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، أو مائةِ دينارٍ فإنْ قَبِلَ بأحدِ المالَيْنِ عَيْنًا عَتَقَ بأنْ قال: قَبِلْت بالدّراهمِ، أو قال: قَبِلْتَ بالدّنانيرِ؛ لأنّه أعتقَه بأحدِ المالَيْنِ، وإنْ [5] قَبِلَ بأحدِ المالَيْنِ [فَوُجِدَ شرط العتق، فعتق، ولزمه ما قَبِلَ، وإن قَبِلَ أحدَ المالين] [6] غيرَ

---

(١) في المطبوع: «طلقت».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بأحد المالين وهو الأخير».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «قد».

(٦) زيادة من المخطوط.

عَيْنٍ عَتَقَ أيضًا لوجودِ الشّرطِ، ويَلْزَمُه أحدُ المالَيْنِ، والبيانُ إليه، كما إذا قال لفُلانٍ عَليّ ألفُ درهمٍ، أو مائةُ دينارٍ يَلْزَمُه أحدُهما، والبيانُ إليه كذا.

ولو قال: قَبِلْت بالمالَيْنِ لا شَكّ أنّه يعتِقُ؛ لأنّ في قَبولِ المالَيْنِ قَبول أحدِهما فوُجِدَ شرطُ العتقِ فيعتِقُ ويَلْزَمُه أحدُ المالَيْنِ؛ لأنه أعتقَه على أحدِ المالَيْنِ، فلا تَلْزَمُه الزّيادةُ، والبيانُ إلى العبدِ يَخْتارُ أيّهما شاء، وكذلك إذا قال: قَبِلْت ولم يُبيِّنْ يعتِقُ ويَلْزَمُه أحدُ المالَيْنِ، وخيارُ التّعْيينِ إليه لأنّ قوله: قَبِلْتُ يصْلُحُ جَوابَ الإيجاب فيصيرُ كأنّه قال: قَبِلْتُ بأحدِهما -ولم يُعَيِّنْ- أو (قَبِلْتُ بهما) [1]، وهناك يعتِقُ وخيارُ التّعْيينِ إليه كذا ههنا.

وعلى هذا إذا قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ على ألفِ درهم، أو على مائةِ دينارٍ فقَبِلَتْ بأحدِهما عَيْنًا، أو غيرَ عَيْنٍ، أو قَبِلَت بالمالَيْنِ، أو أبْهَمَتْ لما قُلْنا في العتقِ، وكذلك لو قال: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهم، أو على ألفَيْنِ، إلاّ أنّ ههنا إذا قَبِلَ بالمالَيْنِ يعتِقُ بألفٍ ولا يُخيّرُ؛ لأنّ الجِنْسَ مُتّحِدٌ والتّخْييرُ بين الأكثرِ والأقلّ في الجِنْسِ الواحدِ لا يُفيدُ؛ لأنّه لا يَخْتارُ إلاّ الأقلّ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك اختلف الجِنْسُ فكان التّخْييرُ مُفيدًا، هذا كُلُّه إذا أضافَ العتقَ إلى مُعَيّنٍ.

فإنْ أضافَه إلى مجهولٍ بأنْ قال لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ بألفِ درهم لا يعتِقُ واحدٌ منهما ما لم يقبَلا جميعًا، حتّى لو قَبِلَ أحدُهما ولم يقبَلِ الآخرُ لا يعتِقُ؛ لأنّ قوله أحدُكُما كما يقعُ على القابلِ يقعُ على غيرِ القابلِ، فمن الجائزِ أنّه عَنَى به غيرَ القابلِ.

ألا تَرَى أنّ له أنْ يقول: عَنَيْت به غيرَ القابلِ، فلو حَكَمْنا بعِتْقِ القابلِ لَكان فيه إثباتُ العتقِ بالشّكّ، وإنْ قَبِلا جميعًا، فإنْ قَبِلَ كُلُّ واحدٍ منهما بخمسِمائةٍ لا يعتِقُ واحدٌ منهما؛ لأنه أعتَقَ أحدَهما بألفٍ لا بخمسِمائةٍ، وإنْ قَبِلَ كُلُّ واحدٍ منهما بألف بأنْ قال كُلُّ واحدٍ منهما: قَبِلْت بألفِ درهم، أو قال: قَبِلْت ولم يَقُلْ بألفٍ، أو قالا: ما قَبِلْنا بألفٍ، أو قالا: قَبِلْنا ولم يَذْكُرا الألفَ عَتَقَ أحدُهما بألفٍ لوجودِ شرطِ العتقِ وهو قَبولُ كُلِّ واحدٍ منهما الألفَ، ويُقالُ للمولى اخترِ العتقَ في أحدِهما؛ لأنّه هو الذي أجمَلَ العتقَ فكان البيانُ إليه، فأيُّهما اختارَ عَتَقَ ولزِمَتْه الألفُ، فإنْ مات قبل البيانِ يعتِقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه بخمسِمائةٍ ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه؛ لأنّه لَمّا مات قبل البيانِ وقد شاعَ عِتْقُ رَقَبةِ

(١) في المخطوط: «قال قبلتهما».

فيهما فيُقْسَمُ عليهما نصفَيْنِ .

وَلو قال: أحدُكُما حُرٌّ بألفِ درهم فقبلا ، ثُمّ قال: أحدُكُما حُرٌّ بألفِ درهم ، أو [٢/ ١٧٠أ] قال: أحدُكُما حُرٌّ بغيرِ شيءٍ ، فاللّفْظُ الثّاني لَغْوٌ ؛ لأنّهما لَمّا قَبلا العتقَ بالإيجاب الأوّلِ ، فقد نزل العتقُ في أحدِهما لوجودِ شرطِ النُّزولِ وهو قَبولُهما ، فالإيجابُ الثّاني يقعُ جَمْعًا بين حُرٍّ وعبدٍ ، فلا يصحُّ ، ولو لم يقبَلا ، ثُمّ قال: أحدُكُما حُرٌّ بغيرِ شيءٍ عَتَقَ أحدُهما باللّفْظِ الثّاني بغيرِ شيءٍ ؛ لأنّهما لَمّا لم يقبَلا لم يَنْزِلِ العتقُ بالإيجاب الأوّلِ ، فصَحّ الإيجابُ الثّاني وهو تَنْجيزُ العتقِ على أحدِهما غيرِ عَيْنٍ ، فيُقالُ للمولى : اصْرِفِ اللّفْظَ الثّانيَ إلى أحدِهما ، فإذا صَرَفَه إلى أحدِهما عَتَقَ ذلك بغيرِ شيءٍ ؛ لأنّ التّنْجيزَ حَصَلَ بغيرِ بَدَلٍ .

وأمّا الآخَرُ فإنْ قَبلَ البدَلَ في المجلسِ يعتِقُ وإلاّ فلا ؛ لأنّ الإيجابَ الأوّلَ وقَعَ صَحيحًا لحُصولِه بين عبدَيْنِ ، وتَعَلّقَ العتقُ بشرطِ القبولِ ، وقد وُجِدَ فيه ضَرْبُ إشْكالٍ ، وهو أنّ شرطَ وجوب الحُرّيّةِ لأحدِهما هو قَبولُهما ، ولم يوجدْ ههنا إلاّ قَبولُ أحدِهما فيَنْبَغي أنْ لا يعتِقَ العبدُ الآخَرُ .

والجوابُ : أنّ الإيجابَ أُضيفَ إلى أحدِهما ، ألا يُرَى أنّه قال: أحدُكُما حُرٌّ وقد وُجِدَ القبولُ من أحدِهما ههنا ، إلاّ أنّه إذا لم (يُنْجِزْ عِتْقَ) [١] أحدِهما يتوَقّفُ عِتْقُ أحدِهما على قَبولِهما جميعًا لاحتمالِ أنّه أرادَ به الآخَرَ ، فإذا عَيّنَه في التّخْييرِ عُلِمَ أنّه ما أرادَه بالإيجاب الأوّلِ ؛ لأنّ (الإعتاقَ من المُعْتَقِ) [٢] لا يُتَصَوّرُ فتَعَيّنَ الآخَرُ للقَبولِ ، وقد قَبلَ فيعتِقُ ، ولو قَبلا جميعًا قبل البيانِ عَتَقا ؛ لأنّ العتقَ لم يَنْزِلْ بالإيجاب الأوّلِ ؛ لأنّه تَعليقُ العتقِ بشرطِ القبولِ ، فلا يَنْزِلُ قبل وجودِ الشّرطِ فيصحُّ الإيجابُ الثّاني ، فإذا قَبلا جميعًا ، فقد تَيَقّنا بعِتْقِهما ؛ لأنّ أيّهما أُريدَ بالإيجاب الأوّلِ عَتَقَ بالقبولِ ، وأيّهما أُريدَ بالإيجاب الثّاني عَتَقَ من غيرِ قَبولٍ ؛ لأنّه إيجابٌ بغيرِ بَدَلٍ ، فكان عِتْقُ كُلِّ واحدٍ منهما مُتَيَقّنًا به لكنّ عِتْقَ أحدِهما بالإيجاب الأوّلِ وعِتْقَ الآخَرِ بالإيجاب الثّاني فيُعْتَقانِ ، ولا يُقْضَى عليهما بشيءٍ ؛ لأنّ أحدَهما وإنْ عَتَقَ بالإيجاب ببَدَلٍ إلاّ أنّه مجهولٌ ، والقضاءُ بإيجاب المالِ على المجهولِ مُتَعَذّرٌ كرجلَيْنِ قالا لرجلٍ : لَكَ على أحدِنا ألفُ درهمٍ أنّه لا يَلْزَمُهما بهذا

---

(١) في المخطوط : «يعتق» .

(٢) في المخطوط : «إعتاق المعتق» .

الإقرارِ شيءٌ لكَوْنِ المقضيِّ عليه مجهولاً كذا هذا.

ولو لم يقبَلا جميعًا ولكنْ قَبلَ أحدُهما لا يعتِقُ إلاّ أحدُهما لوجودِ شرطِ عِتْقِ أحدِهما، وهو قَبولُ أحدِهما في هذه الصّورةِ لما بيّنّا من الفقه، ثُمّ إنْ صَرَفَ المولى اللّفْظَ الثّانيَ إلى غيرِ القابلِ عَتَقَ غيرُ القابلِ بغيرِ شيءٍ وعَتَقَ القابلُ بألفٍ، وإنْ صَرَفَ اللّفْظَ الثّانيَ إلى القابلِ عَتَقَ القابلُ بغيرِ شيءٍ وعَتَقَ غيرُ القابلِ باللّفْظِ الأوّلِ بألفٍ إنْ قَبلَ في المجلسِ؛ لأنّ القابلَ منهما يعتِقُ بالإيجاب الأوّلِ، وإنّه إيجابٌ ببَدَلٍ فيعتِقُ ببَدَلٍ، وغيرُ القابلِ يعتِقُ بالإيجاب الثّاني، وإنّه إيجابٌ بغيرِ بَدَلٍ فيعتِقُ بغيرِ بَدَلٍ.

وَلو قال لعبدَيْه أحدُكُما حُرٌّ بغيرِ شيءٍ، ثُمّ قال أحدُكُما حُرٌّ بألفِ درهمٍ، فالكلامُ الثّاني لَغْوٌ؛ لأنّ أحدَهما عَتَقَ بالإيجاب الأوّلِ لوجودِ تَنْجيزِ العتقِ في أحدِهما، فالثّاني يقعُ جَمْعًا بين الحُرِّ والعبدِ فيَبْطُلُ.

وَلو قال: أحدُكُما حُرٌّ بألفِ درهمٍ، فَقَبْلَ أنْ يقبَلا قال: أحدُكُما حُرٌّ بمائةِ دينارٍ، فإنْ قَبلَ كُلُّ واحدٍ منهما العتقَ بأحدِ المالَيْنِ بأنْ قَبلَ أحدُهما بألفِ درهمٍ وقَبلَ الآخرُ بمائةِ دينارٍ، أو قَبلَ أحدُهما بالمالَيْنِ ولم يقبَلِ الآخرُ، أو قَبلَ أحدُهما بالمالَيْنِ وقَبلَ الآخرُ بمالٍ واحدٍ لا يُعْتَقُ واحدٌ منهما؛ لأنّ للمولى أنْ يَجْمعَ المالَيْنِ على أحدِهما فيقول: عَنَيْتُك بالمالَيْنِ، أو يقول: عَنَيْت غيرَك، فلا يَثْبُتُ العتقُ مع الشّكِّ، فإنْ قَبلا جميعًا بالمالَيْنِ، بأنْ قال كُلُّ واحدٍ منهما: قَبلْت بالمالَيْنِ، أو قالا جميعًا: قد قَبلْنا يُخَيّرُ المولى فيُقالُ له: إمّا أنْ تَصْرِفَ اللّفظَيْنِ إلى أحدِهما فتَجْمع المالَيْنِ عليه فيعتِقُ بالمالَيْنِ ويَبْقَى الآخَرُ رَقيقًا، وإمّا أنْ تَصْرِفَ أحدَ اللّفْظَيْنِ إلى أحدِهما والآخَرَ إلى صاحِبه، فيعتِقُ أحدُهما بألفِ درهمٍ والآخَرُ بمائةِ دينارٍ؛ لأنّ الإيجابينِ وقَعا صَحيحينِ.

امّا الأوّل: فلا شَكّ فيه، ولأنّه أُضيفَ إلى أحدِ العبدَيْنِ، وكذا الثّاني؛ لأنّ الإيجابَ الأوّلَ لم يَتّصِلْ به القبولُ والعتقُ مُعَلّقٌ بالقبولِ، فالإيجابُ الثّاني حَصَلَ مُضافًا إلى أحدِ عبدَيْنِ فيصحُّ، ومَتَى صَحّ الإيجابُ الثّاني فيُحْتَمَلُ أنّه عَنَى به مَنْ عَناه بالإيجاب الأوّلِ، ويُحْتَمَلُ أنّه عَنَى به العبدَ الآخَرَ؛ لذلك خُيِّرَ المولى فإنْ مات قبل البيانِ عَتَقَ من كُلِّ واحدٍ [منهما] (١) ثلاثةُ أرباعِه بنصفِ المالَيْنِ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ بيَقينٍ؛ لأنّه أرادَ بالإيجاب

---

(١) زيادة من المخطوط.

الثّاني غيرَ مَنْ أرادَه بالأوّلِ، فكان الثّابتُ بالكلامَيْنِ عِتْقَيْنِ بكُلِّ كلامٍ عِتْقٌ، وإنْ أرادَ بالثّاني عَيْنَ مَنْ أرادَه بالأوّلِ كان الثّابتُ بالكلامَيْنِ عِتْقَ واحدٍ، فإذا عَتَقَ واحدٌ ثابتٌ بيَقينٍ، والعتقُ الآخَرُ يَثْبُتُ في حالٍ ولا يَثْبُتُ [٢/ ١٧٠ب] في حالٍ فيُنصَّفُ [(١)] فثَبَتَ عِتْقٌ ونصفُ عِتْقٍ بالمالَيْنِ وليس، أحدُهما بكَمالِ العتقِ بأولى من الآخَرِ فيَنْقَسِمُ عِتْقٌ ونصفُ عِتْقٍ بينهما، فيُصيبُ كُلَّ واحدٍ منهما ثلاثةَ أرباعِ العتقِ بنصفِ المالَيْنِ ويَسْعَى في رُبُعِ قيمَتِه .

وَلو قال لعبدٍ له بعَيْنِه أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، فقبل أنْ يقبَلَ جَمع بين عبدٍ له آخَرَ وبينه، فقال: أحدُكُما حُرٌّ بمائةِ دينارٍ، فقالا: قَبِلْنا، يُخَيَّرُ المولى فإنْ شاء صَرَفَ اللّفْظَيْنِ إلى المُعَيّنِ وعَتَقَ بالمالَيْنِ جميعًا، وإنْ شاء صَرَفَ أحدَ اللّفْظَيْنِ إلى أحدِهما والآخَرَ إلى الآخَرِ، وعَتَقَ المُعَيّنُ بألفِ درهمٍ وغيرُ المُعَيّنِ بمائةِ دينارٍ؛ لأنّ الإيجابينِ صَحيحانِ لما قُلْنا، فيُحْتَمَلُ أنّه أرادَ بالثّاني المُعَيّنَ أيضًا، ويُحْتَمَلُ أنّه أرادَ به غيرَ المُعَيّنِ، فيُقالُ له: بيِّن، فأيُّهما بيّنَ فالحُكمُ للبيانِ، فإنْ مات قبل البيانِ عَتَقَ المُعَيّنُ كُلُّه؛ لأنّه دخلَ تحت الإيجابينِ جميعًا.

أمّا الإيجابُ الأوّلُ: فلا شَكّ فيه؛ لأنّه خَصّه به فلا يُشارِكُه فيه غيرُه .

وأمّا الإيجابُ الثّاني فلأنّ قوله: أحدُكُما يقعُ على كُلِّ واحدٍ منهما، فإذا قَبلَ الإيجابينِ وُجِدَ شرطُ عِتْقِه فيعتِقُ فيَلْزَمُه ألفُ درهمٍ وخمسونَ دينارًا، أمّا الألفُ؛ فلأنّه لا مُشاركةَ للثّاني فيهما، وأمّا نصفُ المائةِ الدّينارِ؛ فلأنّه في حالٍ يَلْزَمُه مائةُ دينارٍ وهي ما عَناه باللّفْظَيْنِ، وفي حالٍ لا يَلْزَمُه منها شيءٌ، وهي ما إذا عَنَى باللّفْظِ الثّاني غيرَه فيتنصّفُ ذلك فيَلْزَمُه خمسونَ دينارًا .

وأمّا غيرُ المُعَيّنِ فإنّه يُعْتَقُ نصفُه بنصفِ المائةِ؛ لأنّه يُعْتَقُ في حالٍ ولا يُعْتَقُ في حالٍ؛ لأنّه إنْ عَناه بالإيجاب الثّاني يُعْتَقُ كُلُّه بكُلِّ المائةِ، وإنْ لم يعنِه لا يعتِقُ شيءٌ منه ولا يَلْزَمُه شيءٌ، فيعتِقُ في حالٍ ولم يعتِقْ في حالٍ فَتُعْتَبَرُ الأحْوالُ، ويعتِقُ نصفُه بنصفِ المائةِ وهو خمسونَ .

---

(١) في المخطوط: «فتنصف».

هذا إذا عُرِفَ المُعَيّنُ من غيرِ المُعَيّنِ، فإنْ لم يُعْرَفْ وقال كُلُّ واحدٍ منهما أنا المُعَيّنُ يعتِقُ من كُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةُ أرباعِه بنصفِ المالَيْنِ، وهو نصفُ الألفِ ونصفُ المائةِ الدّينارِ؛ لاستِوائهما في ذلك، والثّابتُ عِتْقٌ ونصفُ عِتْقٍ فيُصيبُ كُلُّ واحدٍ منهما ثلاثةَ أرباعِ العتقِ ويَسْعَى في رُبُعِ قيمَتِه .

وَلو قال لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ على ألفِ درهمٍ والآخَرُ على خمسِمائةٍ، فإنْ قالا جميعًا: قَبِلْنا، أو قال كُلُّ واحدٍ منهما: قَبِلْتُ بالمالَيْنِ، أو قال كُلُّ واحدٍ منهما: قَبِلْتُ بأكثَرِ المالَيْنِ عَتَقا جميعًا، فيَلْزَمُ كُلُّ واحدٍ منهما خمسُمائةٍ، أمّا عِتْقُهما فلأنّ الإيجابينِ خرجا على الصِّحّةِ بخُروجِ كُلِّ واحدٍ منهما بين عبدَيْنِ، والمُرادُ بالإيجاب الثّاني ههنا غيرُ المُرادِ بالإيجاب الأوّلِ، فإذا قَبِلا، فقد وُجِدَ شرطٌ بزوالِ العتقِ فيهما جميعًا، وانقطَعَ خيارُ المولى ههنا فيُعْتَقانِ جميعًا، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما خمسُمائةٍ؛ لأنّ أحدَهما عَتَقَ بألفٍ والآخَرَ بخمسِمائةٍ لكنّا لا نَدْري الذي عليه الألفُ والذي عليه خمسُمائةٍ، إلاّ أنّا تَيَقّنّا بوجوب خمسِمائةٍ على كُلٍّ منهما، وفي الفصلِ الثّاني شَكٌّ فيجبُ المُتَيَقّنُ ولا يجبُ المشْكوكُ فيه، كاثنَيْنِ قالا لرجلٍ: لَكَ على أحدِنا ألفُ درهمٍ وعلى الآخَرِ خمسُمائةٍ، لا يُطالبُ كُلّ واحدٍ منهما إلاّ بخمسِمائةٍ لما قُلْنا فكذا هذا .

ولو قَبِلَ أحدُهما بأقَلِّ المالَيْنِ والآخَرُ بأكثَرِ المالَيْنِ عَتَقَ الذي قَبِلَ العتقَ بأكثَرِ المالَيْنِ؛ لأنّه لا يَخْلو إما أن عَناه المولى بالإيجاب بالأقَلِّ، أو بالإيجاب بالأكثَرِ فتَيَقّنّا بعِتْقِه، ثُمّ في الأكثَرِ [قدرُ] (١) الأقَلِّ وزيادةٌ فيَلْزَمُه خمسُمائةٍ كأنّه قال: قَبِلْتُ بالمالَيْنِ فيَلْزَمُه الأقَلُّ وهو خمسُمائةٍ ويصيرُ بعدَ العتقِ كأنّه قال لَكَ عَلَيّ ألفُ درهمٍ أو خمسُمائةٍ، ولو قال ذلك لَزِمَه الأقَلُّ كذا ههنا .

ولو قَبِلَ كُلُّ واحدٍ منهما بأقَلِّ المالَيْنِ لا يُعْتَقانِ؛ لأنّ حُجّةَ المولى لم تَنْقَطِعْ؛ لأنّ له أنْ يقول: لم أعتِقْكَ بهذا المالِ، بخلافِ ما إذا قَبِلَ أحدُهما بأكثَرِ المالَيْنِ؛ لأنّ الأقَلّ داخِلٌ في الأكثَرِ .

وَلو قال: أحدُكُما حُرٌّ بألفٍ والآخَرُ بألفَيْنِ فإنْ قَبِلا بأنْ قال كُلُّ واحدٍ منهما: قَبِلْت بالمالَيْنِ، أو قالا: قَبِلْنا عَتَقا لوجودِ شرطِ عِتْقِهما وعلى كُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ؛ لأنّه أعتَقَ

---

(١) ليست في المخطوط .

أحدَهما بألفٍ والآخرَ بألفيْنِ فتيَقّنّا بوجوب الألفِ على كُلٍّ واحدٍ منهما، كرجلَيْنِ قالا لرجلٍ: لَك على أحدِنا ألفٌ وعلى الآخرِ ألفانِ يَلْزَمُ كُلٌّ واحدٍ منهما ألفٌ لكَوْنِ الألفِ تيَقّنّا بها كذا هذا.

وإنْ قَبلَ أحدُهما المالَيْنِ جميعًا بأنْ قال: قَبلْت بالمالَيْنِ، أو قال: قَبلْت، أو قَبلَ بأكثرِ المالَيْنِ بأنْ قال: قَبلْت بالمالَيْنِ، أو قال: قَبلْت بألفَيْنِ يعتِقُ لوجودِ شرطِ العتقِ وهو القبولُ، أمّا إذا قَبلَ بالمالَيْنِ، أو قال: قَبلْت، فلا شَكّ فيه، وكذا إذا قَبلَ بأكثرِ المالَيْنِ لوجودِ القبولِ المشْروطِ بيَقينٍ فيعتِقُ.

وقيلَ: هذا على قياسِ قولِهما، فأمّا على قياسِ قولِ أبي [٢/ ١٧١أ] حنيفةَ: يَنْبَغي أنْ لا يعتِقَ، وهو القياسُ على مسألةِ الشّهادةِ بالألفِ والألفَيْنِ، والصّحيحُ أنّه يعتِقُ بلا خلافٍ، وإذا عَتقَ لا يَلْزَمُه [إلا ألف][1] درهم؛ لأنّ الواجِبَ أحدُ المالَيْنِ، وأحدُهما أقَلٌّ، والآخَرُ أكثَرُ، والجِنْسُ مُتّحِدٌ فيتعيّنُ بالأقَلِّ للوجوب، ولا يُخيّرُ العبدُ ههنا؛ لأنّ التّخْييرَ بين الأقَلِّ والأكثَرِ عندَ اتّحادِ الجِنْسِ غيرُ مُفيدٍ؛ لأنّه يَخْتارُ الأقَلّ لا مَحالةَ، وإنْ قَبلَ أحدُهما الألفَ لا يعتِقُ؛ لأنّ للمولى أنْ يصْرِفَ العتقَ إلى الآخرِ، كما إذا قال: أحدُكما حُرٌّ بألفَيْنِ فقَبلَ أحدُهما.

وَلو قال أحدُكما حُرٌّ بألفٍ أحدُكما حُرٌّ بمائةِ دينارٍ فإنْ قَبلا عَتقا لوجودِ شرطِ العتقِ، ولا شيءَ عليهما؛ لأنّ المقضيّ عليه مجهولٌ إذْ لا يُدْرَى الذي عليه الألفُ منهما والذي عليه المائةُ الدّينارُ، كاثنَيْنِ قالا لرجلٍ: لَكَ على أحدِنا ألفُ درهمٍ وعلى الآخرِ مائةُ دينارٍ أنّه لا يَلْزَمُ أحدَهما شيءٌ كذا هذا، وكذا هذا في الطّلاقِ بأنْ قال لامرأتَيْه: إحداكُما طالقٌ بألفٍ والأُخرى بمائةِ دينارٍ فقبلَتا جميعًا طَلُقَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما طَلْقةً بائنةً ولا يَلْزَمُهما شيءٌ لما قُلْنا.

وإنْ قَبلَ أحدُهما العتقَ بألفِ درهمٍ أو بمائةِ دينارٍ، أو قَبلَ أحدُهما العتقَ بأحدِ المالَيْنِ والآخَرُ بالمالِ الآخَرِ لا يعتِقُ واحدٌ منهما؛ لأنّ للمولى أنْ يقول: لم أعتِقْكَ بهذا المالِ الذي قَبلْت.

ولو قَبلَ أحدُهما بالمالَيْنِ عَتقَ ويَلْزَمُه أيُّ المالَيْنِ اختارَه؛ لأنّ الواجِبَ أحدُهما وهما

---

(١) في المطبوع: «الألف».

جِنسانِ مُخْتَلِفانِ فكان التّخْيير مُفيدًا فيُخَيّرُ، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ فإنْ قَبلَ الآخَرُ في المجلسِ عَتَقا وسَقَطَ المالُ عن القابلِ الأوّلِ؛ لأنّ المقضيّ عليه مجهولٌ، هذا إذا كان قَبلَ البيانَ من الأوّلِ، فإنْ قَبلَ بعدَ البيانِ عَتَقَ الثّاني بغيرِ شيءٍ وعَتَقَ الأوّلُ بالمالَيْنِ؛ لأنّ بيانَه في حقِّ نفسِه صَحيحٌ وفي حقِّ الآخَرِ لم يصحّ .

وَلو قال: أحدُكما حُرٌّ بألفٍ والآخَرُ حُرٌّ بغيرِ شيءٍ، فإنْ قَبلا جميعًا عَتَقا لوجودِ شرطِ عِتْقِهما وهو قَبولُهما ولا شيءَ عليهما؛ لأنّ الذي [دَلّ] [1] عليه البدَلُ مجهولٌ، ولا يُمْكِنُ القضاءُ على المجهولِ، كرجلَيْنِ قالا لرجلٍ: لَك على أحدِنا ألفُ درهمٍ ولا شيءَ على الآخَرِ، لا يجبُ على أحدِهما شيءٌ لجَهالةِ مَنْ عليه الواجِبُ كذا ههنا .

وإنْ قَبلَ أحدُهما بألفٍ ولم يقبَلِ الآخَرُ يُقالُ للمولى: اصْرِفِ اللّفْظَ الذي هو إعتاقٌ بغيرِ بَدَلٍ إلى أحدِهما، فإنْ صَرَفَه إلى غيرِ القابلِ عَتَقَ غيرُ القابلِ بغيرِ شيءٍ، وعَتَقَ القابلُ بألفٍ، وإنْ صَرَفَه إلى القابلِ عَتَقَ القابلُ بغيرِ شيءٍ ويعتِقُ الآخَرُ بالإيجاب الذي هو يُبَدّلُ إذا قَبلَ في المجلسِ، وكذا لو لم يقبل واحدٌ منهما حتّى صُرِفَ الإيجابُ الذي هو بغيرِ بَدَلٍ إلى أحدِهما يعتِقُ هو، ويعتِقُ الآخَرُ إنْ قَبلَ البدَلَ في المجلسِ، وإلاّ فلا .

وإنْ مات المولى قبل البيانِ عَتَقَ القابلُ كُلُّه وعليه خمسُمائةٍ وعَتَقَ نصفُ الذي لم يقبل ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه .

أمّا عِتْقُ القابلِ كُلِّه، فلأنّ عِتْقَه ثابتٌ بيَقينٍ؛ لأنّه إنْ أُريدَ بالإيجاب الأوّلِ عَتَقَ، وإنْ أُريدَ بالإيجاب الثّاني [عَتَقَ] [2] فكان عِتْقُه مُتيَقّنًا به، وأمّا لُزومُ خمسِمائةٍ؛ لأنّه إنْ أُعْتِقَ بالإيجاب الأوّلِ يُعْتَقُ بألفٍ، وإنْ أُعْتِقَ بالإيجاب الثّاني يُعْتَقُ بغيرِ شيءٍ فيُنصّفُ الألفُ فيَلْزَمُه خمسُمائةٍ .

وأمّا عِتْقُ النّصفِ من غيرِ القابلِ فلأنّه إنْ أُريدَ باللّفْظِ الأوّلُ لا يعتِقُ، وإنْ أُريدَ باللّفْظِ الثّاني يعتِقُ فيعتِقُ في حالٍ دونَ حالٍ، فيتنصّفُ عِتْقُه فيعتِقُ نصفُه ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه .

هذا إذا كان الإعتاقُ تَنْجيزًا، أو تَعليقًا بشرطٍ، فَأمّا إذا كان أضافَه إلى وقتٍ، فلا يَخْلو إمّا أنْ أضافَه إلى وقتٍ واحدٍ وإمّا أنْ أضافَه إلى وقتَيْنِ، فإنْ أضافَه إلى وقتٍ واحدٍ، فإمّا

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

أنْ أضافَه إلى مُطْلَقِ الوقتِ، وإمّا أنْ أضافَه إلى وقتٍ موصوفٍ بصِفةٍ . وفي الوجوه كُلِّها يُشْتَرَطُ وجودُ الملكِ وقتَ الإضافةِ؛ لأنّ إضافةَ الإعتاقِ إلى وقتِ إثباتِ العتقِ في ذلك الوقتِ لا مَحالةَ ولا ثُبوتَ للعِتْقِ بدونِ الملكِ، ولا يوجدُ الملكُ في ذلك الوقتِ إلاّ إذا كان موجودًا وقتَ الإضافةِ؛ لأنّه إنْ كان موجودًا وقتَ الإضافةِ فالظّاهرُ أنّه يَبْقَى إلى الوقتِ المُضافِ إليه فيَثْبُتُ العتقُ، وإذا لم يكنْ موجودًا كان الظّاهرُ بقاءَه على العدَمِ، فلا يَثْبُتُ العتقُ في الوقتِ المُضافِ إليه لا مَحالةَ فيكونُ خلافَ تَصَرُّفِه .

والأصلُ اعتِبارُ تَصَرُّفِ العاقِلِ على الوجه الذي أوقَعَه .

أمّا الإضافةُ إلى وقتٍ مُطْلَقٍ . فنحوُ أنْ يقول لعبدِه: أنتَ حُرٌّ غدًا، أو رأسَ شهرِ كذا، فيعتِقُ إذا جاءَ غَدٌ أو رأسُ الشّهرِ؛ لأنّه جعل الغدَ، أو رأسَ الشّهرِ ظَرْفًا للعِتْقِ، فلا بُدّ من وُقوعِ العتقِ عندَه ليكونَ ظَرْفًا له، وليس هذا تَعليقًا بشرطٍ لانعِدامِ أدواتِ التّعليقِ [٢/ ١٧١ب] وهي كلِماتُ الشّرطِ، ولهذا لو حَلَفَ لا يَحْلِفُ فقال هذه المقالةَ لا يَحْنَثُ، بخلافِ ما إذْ قال: أنتَ حُرٌّ إذا جاءَ غَدٌ؛ لأنّ ذلك تَعليقٌ بشرطٍ لوجودِ كلِمةِ التّعليقِ .

فإنْ قِيلَ كيْفَ يكونُ تَعليقًا بشرطٍ، والشّرطُ ما في وجودِه خَطرٌ ومَجيءُ الغدِ كائنٌ لا مَحالةَ، قِيلَ له من مَشايِخِنا مَنْ قال: إنّ الغدَ في مَجيئِه خَطرٌ لاحتمالِ قيامِ السّاعةِ في كُلِّ ساعةٍ، قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿وَمَآ أَمۡرُ ٱلسَّاعَةِ إِلَّا كَلَمۡحِ ٱلۡبَصَرِ أَوۡ هُوَ أَقۡرَبُۚ﴾ [النحل :٧٧] فيصْلُحُ مَجيءُ الغدِ شرطًا لكنْ هذا الجوابُ ليس بسَديدٍ؛ لأنّ السّاعةَ لا تقومُ إلاّ عندَ وجودِ أشراطِها من خُروجِ يأجوجَ ومأجوجَ ودابّةِ الأرضِ وخُروجِ الدّجّالِ وطُلوعِ الشّمسِ من مَغْرِبها ونحوِ ذلك مِمّا دَلّ عليه الكِتابُ ووَرَدَتْ به الأخبارُ .

والجوابُ الصّحيحُ أنْ يُقال إنّ مَجيءَ الغدِ، وإنْ كان مُتيَقّنَ الوجودِ يُمْكِنُ كونُه شرطًا لوُقوعِ العتقِ، وليس بمُتيَقّنِ الوجودِ بل له خَطرُ الوجودِ والعدَمِ لاحتمالِ موتِ العبدِ قبل مَجيءِ الغدِ، أو موتِ المولى، أو موتِهما وحينئذٍ لا يكونُ شرطًا لعَدَمِ تَصوُّرِ الجزاءِ، على أنّ الشّرطَ اسمٌ لما جُعِلَ علمًا لنُزولِ الجزاءِ سَواءٌ كان موهومَ الوجودِ، أو مُتيَقّنَ الوجودِ .

وَأمّا الإضافةُ إلى وقتٍ موصوفٍ: فنحوُ أنْ يقول لعبدِه أنتَ حُرٌّ قبل دُخولِكَ الدّارَ بشهرٍ، أو قبل قُدومِ فُلانٍ بشهرٍ، أو قبل موتِ فُلانٍ بشهرٍ، ولا شَكّ أنّه لا يعتِقُ قبل وجودِ

الوقتِ الموصوفِ، حتّى لو وُجِدَ شيءٌ من هذه الحوادِثِ قبل تَمامِ الشّهرِ لا يعتِقُ؛ لأنّه أضافَ العتقَ إلى الوقتِ الموصوفِ، فلا يَثْبُتُ قبله، ويُشْتَرَطُ تَمامُ الشّهرِ وقتَ التّكلُّمِ، وإنْ كان العبدُ في ملكِه قبل ذلك بشُهورٍ بل بسِنينَ؛ لأنّ إضافةَ العتقِ إلى وقتِ إيجاب العتقِ فيه غيرُ إيجاب العتقِ في الزّمانِ الماضي، وإيجابُ العتقِ في الزّمانِ الماضي لا يُتَصَوّرُ فلا يُحمَلُ كلامُ العاقِلِ عليه، ولا شَكّ أنّ العتقَ ثَبَتَ عندَ وجودِ هذه الحوادِثِ لتَمامِ الشّهرِ. واختُلِفَ في كيْفيّةِ ثُبوتِه، فقال زُفَرُ: يَثْبُتُ من أوّلِ الشّهرِ بطريقِ الظُّهورِ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: يَثْبُتُ مُقْتَصِرًا على حالِ وجودِ الحوادِثِ، وأبو حنيفةَ فرّقَ بين القُدومِ والدُّخولِ وبين الموتِ، فقال في القُدومِ والدُّخولِ كما قالا، وفي الموتِ كما قال زُفَرُ، حتّى لو كان الممْلوكُ أمةً فوَلَدَتْ في وسَطِ الشّهرِ يعتِقُ الولدُ في قولِ أبي حنيفةَ وزُفَرَ، وعندَهما [1]: لا يعتِقُ.

وجه قولِ زُفَرَ: أنّه أوقَعَ العتقَ في وقتٍ موصوفٍ بكَوْنِه مُتَقَدِّمًا على هذه الحوادِثِ بشهرٍ، فإذا وُجِدَتْ بعدَ شهرٍ مُتّصِلةً به عُلِمَ أنّ الشّهرَ من أوّلِه كان موصوفًا بالتّقدُّمِ عليها لا مَحالةَ، فتَبيّنَ أنّ العتقَ كان واقعًا في أوّلِ الشّهرِ كما إذا قال: أنتَ حُرٌّ قبل رَمَضانَ بشهرٍ، ولا فرقَ سِوَى أنّ هناك يَحْكُمُ بالعتقِ من أوّلِ هِلالِ شَعْبانَ [ولا يتوقّفُ على مَجيءِ شهرِ رَمَضانَ،] [2] وههنا لا يَحْكُمُ بالعتقِ من أوّلِ الشّهرِ؛ لأنّ ثَمّةَ رَمَضانُ يَتّصِلُ بشَعْبانَ لا مَحالةَ، وههنا وجودُ هذه الحوادِثِ يحتملُ أنْ يَتّصِلَ بهذا الشّهرِ ويحتملُ أنْ لا يَتّصِلَ لجَوازِ أنّها لا توجَدُ أصلاً. فأمّا في ثُبوتِ العتقِ في المسألَتَيْنِ من ابتِداءِ الشّهرِ، فلا يختلِفانِ، ولهذا قال أبو حنيفةَ: ثُبوتُ العتقِ بطريقِ الظُّهورِ في الموتِ.

وجه قولِهما: أنّ هذا في الحقيقةِ تَعليقُ العتقِ بهذه الحوادِثِ؛ لأنّه أوقَعَ العتقَ في شهرٍ مُتّصِفٍ بالتّقدُّمِ على هذه الحوادِثِ، ولا يَتّصِفُ بالتّقدُّمِ عليها إلاّ باتّصالِها به، ولا تَتّصِلُ به إلاّ بعدَ وجودِها، فكان ثُبوتُ العتقِ على هذا التّدْريجِ مُتَعَلِّقًا بوجودِ هذه الحوادِثِ، فيُقْتَصَرُ على حالِ وجودِها، ولهذا قال أبو حنيفةَ: هكذا في الدُّخولِ والقُدومِ كذا في الموتِ بخلافِ شَعْبانَ؛ لأنّ اتّصافَ شَعْبانَ بكَوْنِه مُتَقَدِّمًا على رَمَضانَ لا يَقِفُ على مَجيءِ رَمَضانَ.

---

(١) في المخطوط: «في قولهما».

(٢) ليست في المخطوط.

ووَجه الفرقِ لأبي حنيفةَ بين الدُخولِ والقدومِ وبين الموتِ: أنّ في مسألةِ القُدومِ والدُّخولِ بعدَما مضى شهرٌ من وقتِ التكلُّمِ يَبْقَى الشّهرُ الذي أُضيفَ إليه العتقُ هو موهومُ الوجودِ، قد يوجدُ وقد لا يوجدُ؛ لأنّ قُدومَ فُلانٍ موهومُ الوجودِ قد يوجدُ وقد لا يوجدُ، فإنْ وُجِدَ يوجدُ هذا الشّهرُ، وإلاّ فلا؛ لما ذَكَرْنا أنّ هذا الشّهرَ لا وجودَ له بدونِ الاتّصافِ ولا اتّصافَ بدونِ الاتّصالِ ولا اتّصالَ بدونِ القُدومِ، إذِ الاتّصالُ إنّما يُتَصَوّرُ بين موجودَيْنِ لا بين موجودٍ ومعدومٍ، فصار العتقُ وإنْ كان مُضافًا إلى الشّهرِ مُتَعَلِّقًا بوجودِ القُدومِ فكان هذا تَعليقًا ضَرورةً فيُقْتَصرُ الحُكمُ المُتَعلِّقُ به على حالِ وجودِ الشّرطِ كما في سائرِ التّعليقاتِ (١)، فأمّا في مسألةِ الموتِ فبعدَما مضى شهرٌ من زمنِ الكلامِ لم يَبْقَ ذاتُ الشّهرِ الذي أُضيفَ إليه العتقُ موهومَ الوجودِ، بل هو كائنٌ لا مَحالةَ؛ لأنّ الموتَ كائنٌ لا مَحالةَ، فصار (٢) هذا الشّهرُ مُتَحقِّقَ الوجودِ بلا شَكٍّ بخلافِ الشّهرِ المُتَقَدِّمِ على الدُّخولِ والقُدومِ، غيرَ أنّه [٢/ ١٧٢أ] مجهولُ الذّاتِ، فلا يُحْكَمُ بالعتقِ قبل وجودِ الموتِ، وإذا وُجِدَ، فقد وُجِدَ المُعَرِّفُ للشّهرِ، بخلافِ الشّهرِ المُتَقَدِّمِ على شهرِ رَمَضانَ فإنّه معلومُ الذّاتِ؛ لأنّه كما وُجِدَ شَعْبانُ عُلِمَ أنّه (موصوفٌ بالتّقَدُّمِ) (٣) على رَمَضانَ، وههنا بخلافِه وبخلافِ القُدومِ والدُّخولِ، فإنّ بعدَ مُضيِّ شهرٍ من وقتِ الكلامِ بقيَ ذاتُ الشّهرِ الذي أُضيفَ إليه العتقُ موهومَ الوجودِ، فلم يكنِ القُدومُ مُعَرِّفًا للشّهرِ بل كان مُحَصِّلاً [للشّهرِ] (٤) الموصوفِ بهذه الصِّفةِ بحيثُ لولا وجودُه لَما وُجِدَ هذا الشّهرُ ألبَتّةَ، فكان الموتُ مُظْهِرًا مُعَيِّنًا للشّهرِ فيَظْهَرُ من الأصلِ من حينِ وجودِه.

ثُمّ اختلف مَشايِخُنا في كيْفيّةِ الظُّهورِ: على مذهب أبي حنيفةَ قال بعضُهم: هو ظُهورٌ محضٌ، فتَبيّنَ أنّ العتقَ كان واقعًا من أوّلِ الشّهرِ من غيرِ اعتِبارِ حالةِ الموتِ، وهو أنْ يُعْتَبَرَ الوُقوعُ أو لا، ثُمّ يَسْري إلى أوّلِ الشّهرِ؛ لأنّ الأصلَ اعتِبارُ التّصَرُّفِ على الوجه الذي أثْبَتَه المُتَصَرِّفُ والمُتَصَرِّفُ أضافَ العتقَ إلى أوّلَ الشّهرِ المُتَقَدِّمِ على الموتِ، فيقعُ في أوّلِ الشّهرِ لا في آخِرِه، فكان وقتُ وُقوعِ الطّلاقِ أوّلَ الشّهرِ، فيَظْهَرُ أنّ العتقَ وقَعَ من (٥) ذلك الوقتِ، كما إذا قال: إنْ كان فُلانٌ في الدّارِ فعبدُه حُرٌّ، فمَضَتْ مُدّةٌ، ثُمّ عَلِمَ

(١) في المخطوط: «التعاليق».
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) في المخطوط: «موجود التقدم».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «في».

أنّه كان في الدّارِ يومَ التّكلُّمِ يقعُ العتقُ من وقتِ التّكلُّمِ لا من وقتِ الظُّهورِ.

وهؤلاء قالوا: لو كان مَكانُ العتاقِ طلاقَ ثلاثٍ فالعِدّةُ تُعْتَبَرُ من أوّلِ الشّهرِ في قولِ أبي حنيفةَ، حتّى لو حاضَتْ في الشّهرِ حيضَتَيْنِ، ثُمّ مات فُلانٌ كانتِ الحيضَتانِ محسوبتَيْنِ من العِدّةِ، ولو كان قال: أنتِ طالقٌ قبل موتِ فُلانٍ بشهرَيْنِ، أو ثلاثةِ أشهرٍ، ثُمّ مات فُلانٌ لتَمامِ المُدّةِ، أو كانتِ المرأةُ رأتْ ثلاثةَ حيَضٍ في المُدّةِ، تَبيّنَ عندَ موتِه أنّ الطّلاقَ كان واقعًا، وأنّ العِدّةَ قد انقضَتْ. كما لو قال: إنْ كان زيدٌ في الدّارِ فامرأتي طالقٌ، ثُمّ عَلِمَ بعدَما حاضَتِ المرأةُ ثلاث حيَضٍ أنّه كان في الدّارِ يومَ التّكلُّمِ (به تبيّنَ) [1] أنّها قد طَلُقَتْ من ذلك الوقتِ، وأنّها مُنْقضيةُ العِدّةِ كذا هذا.

وكذلك لو قال: إنْ كان حَمْلُ فُلانةَ غُلامًا فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ غُلامًا يقعُ الطّلاقُ على طريقِ التّبْيينِ كذا هذا.

والذي يُؤَيِّدُ ما قُلْنا: أنّ رجلاً لو قال: آخِرُ امرأةٍ أتزوّجُها فهي طالقٌ فتزوّجَ امرأةً، ثُمّ أُخرى، ثُمّ مات [2] طَلُقَتِ الثّانيةُ على وجه التّبْيينِ المحضِ عندَ أبي حنيفةَ، وإنْ كان لا يُحْكَمُ بطلاقِها ما لم يمُتْ كذا ههنا.

وقالوا: لو خالَعَها في وسَطِ الشّهرِ، ثُمّ مات فُلانٌ لتَمامِ الشّهرِ فالخُلْعُ باطِلٌ ويُؤْمَرُ الزّوجُ بردِّ بَدَلِ الخُلْعِ سَواءٌ كانت عندَ الموتِ مُعْتَدّةً، أو مُنْقضيةُ العِدّةِ، أو كانت مِمّنْ لا عِدّةَ عليها بأنْ كانت غيرَ مدخولٍ بها، وهؤلاء طَعَنوا فيما ذَكَرَ محمّدٌ في الكِتاب لتخريجِ قولِ أبي حنيفةَ أنّه إنْ مات فُلانٌ وهي في العِدّةِ يُحْكَمُ ببُطْلانِ الخُلْعِ ويُؤْمَرُ الزّوجُ بردِّ بَدَلِ الخُلْعِ، وإنْ كانت غيرَ مُعْتَدّةٍ وقتَ موتِ فُلانٍ بأنْ كان بعدَ الخُلْعِ قبل موتِ فُلانٍ أسقطَتْ سِقْطًا أو كانت غيرَ مدخولٍ بها لا يَبْطُلُ الخُلْعُ ولا يُؤْمَرُ الزّوجُ بردِّ بَدَلِ الخُلْعِ.

وقالوا: هذا التّخْريجُ لا يَسْتَقيمُ على قولِ [3] أبي حنيفةَ؛ لأنّ هذا ظُهورٌ محضٌ فتَبيّنَ عندَ وجودِ الجزءِ الأخيرِ أنّ هذا الشّهرَ من ابتِداءِ وجودِه موصوفٌ بالتّقدُّمِ، فتَبيّنَ أنّ الطّلْقاتِ الثّلاثَ كانت واقعةً من ذلك الوقتِ سَواءٌ كانت مُعْتَدّةً، أو غيرَ مُعْتَدّةٍ، كما لو قال: إنْ كان فُلانٌ في الدّارِ فامرأتُه طالقٌ، ثُمّ خالَعَها، ثُمّ تَبيّنَ أنّه كان يومَ الحلِفِ في

---

(١) في المخطوط: «أنه يتبين».

(٢) في المطبوع: «ماتت».

(٣) في المخطوط: «أصل».

الدّارِ أنّه يتبيّنُ أنّ الخُلْعَ كان باطِلاً على الإطلاقِ سَواءٌ كانت مُعْتَدّةً، أو لم تكُنْ كذا ههنا .

والفقه أنّ وقتَ الموتِ إذا لم يكنْ وقتَ وُقوعِ الطّلاقِ لا يُعْتَبَرُ فيه قيامُ الملكِ والعِدّةِ، وعامّةُ مَشايِخِنا قالوا: إنّ العتقَ [1]، أو الطّلاقَ يقعُ وقتَ الموتِ، ثُمّ يَسْتَنِدُ إلى أوّلِ الشّهرِ، (إلاّ أنّه) [2] يَظْهَرُ أنّه كان واقعًا من أوّلِ الشّهرِ .

ووَجْهُه مِمّا لا يُمْكِنُ الوُصولُ إليه إلاّ بمُقَدِّمةٍ وهي أنّ ما كان الدّليلُ على وجودِه قائمًا يُجْعَلُ موجودًا في حقِّ الأحْكامِ؛ لأنّ إقامةَ الدّليلِ مقامَ المدلولِ أصلٌ في الشّرعِ والعقلِ .

ألا تَرَى أنّ الخِطابَ يَدورُ مع دَليلِ القُدْرةِ وسببها دونَ حقيقةِ القُدْرةِ، ومع دَليلِ العلمِ وسببه دونَ حقيقةِ العلمِ، حتّى لا يُعْذَر الجاهلُ باللّه عَزّ وجَلّ لقيامِ الآياتِ الدّالّةِ على وجودِ الصّانِعِ، ولا بالشّرائعِ عندَ إمكانِ الوُصولِ إلى معرِفَتِها بدَليلِها، ثُمّ الدّليلُ وإنْ خَفيَ بحيثُ يتعَذّرُ [3] الوُصولُ إليه يُكتَفَى به إذا كان مُمْكِنَ الحُصولِ في الجملةِ، إذِ الدّلائلُ تَتَفاوَتُ في نفسِها في الجلاءِ والخفاءِ، والمُسْتَدِلّونَ أيضًا يتفاوَتونَ [٢/ ١٧٢ب] في الغباوةِ والذّكاءِ، فالشّرعُ أسقَطَ اعتِبارَ هذا التّفاوُتِ فكانتِ العِبْرةُ لأصلِ الإمكانِ في هذا الباب . وأمّا ما كان الدّليلُ في حقِّه مُنْعَدِمًا فهو في حقِّ الأحْكامِ مُلْحقٌ بالعدَمِ .

وإذا عُرِفَ هذا فنَقولُ: الشّهرُ الذي يموتُ فُلانٌ في آخِره، فإنِ اتّصَفَ بالتّقَدُّمِ من وقتِ وجودِه لكنْ كان دَليلُ اتّصافِه [به] [4] مُنْعَدِمًا أصلاً، فلم يكنْ لهذا الاتّصافِ عبرة [5]، ويَبْقَى ملكُ النّكاحِ إلى آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ الشّهرِ فيُعْلَمُ كونُه مُتَقَدِّمًا على موتِه، ومن ضَرورةِ اتّصافِ هذا الجزءِ بالتّقَدُّمِ اتّصافُ جميعِ الأجزاءِ المُتَقَدِّمةِ عليه إلى تَمامِ الشّهرِ، ولا يَظْهَرُ أنّ دَليلَ الاتّصافِ كان موجودًا في أوّلِ الشّهرِ، إذِ الدّليلُ هو آخِرُ جزءٍ من أجزاءِ الشّهرِ، [ووجودُ الجزءِ الأخيرِ من الشّهرِ مُقارِنًا لأوّلِ الشّهرِ مُحالٌ، فلم يكنْ دَليلُ اتّصافِ الشّهرِ] [6] بكَوْنِه مُتَقَدِّمًا موجودًا فلم يُعْتَبَرْ هذا الاتّصافُ، فبقيَ ملكُ النّكاحِ إلى وقتِ وجودِ الجزءِ الأخيرِ فيُحْكَمُ في هذا الجزءِ بكَوْنِها طالقًا .

ومن ضَرورةِ كونِها طالقًا في هذا الجزءِ ثُبوتُ الانطِلاقِ من الأصلِ؛ لأنّها تكونُ طالقًا

---

(١) في المخطوط: «العتاق».
(٢) في المخطوط: «لا أنه».
(٣) في المخطوط: «يندر».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المطبوع: «عدة».
(٦) ليست في المخطوط.

بذلك الطَّلاقِ المُضافِ إلى أوّلِ الشّهرِ الموصوفِ بالتّقدُّمِ على الموتِ، فلأجلِ هذه الضّرورةِ حُكِمَ بالطّلاقِ من أوّلِ الشّهرِ، لكنْ بعدَما كان النّكاحُ إلى هذا الوقتِ قائمًا لعَدَمِ دَليلِ الاتّصافِ بالتّقدُّمِ على ما بيّنّا، ثُمّ لَمّا حُكِمَ بكَوْنِها طالقًا للحالِ وثَبَتَ الانطِلاقُ فيما مضى من أوّلِ الشّهرِ ضَرورةً، جُعِلَ كأنّ الطّلاقَ يقعُ [١] للحالِ، ثُمّ بعدَ وُقوعِه يَسْري إلى أوّلِ الشّهرِ، هكذا يوجِبُ ضَرورةَ ما بيّنّا من الدّليلِ، وإذا جُعِلَ هكذا يُخَرّجُ عليه المسائلُ.

أمّا العِدّةُ: فإنّها تجبُ في آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياةِ فُلانٍ الميّتِ؛ لأنّها مِمّا يُحْتاطُ في إيجابِها فوَجَبَتْ للحالِ وجُعِلَ كأنّ الطّلاقَ وقَعَ للحالِ.

وأمّا الخُلْعُ: فإنْ كانتِ العِدّةُ باقيةً وقتَ الموتِ لم يصحّ، وإنْ كانت مُنْقضيةَ العِدّةِ صَحّ؛ لأنّها إذا كانت باقيةً كان النّكاحُ باقيًا من وجهٍ ويُحْكَمُ ببقائه إلى هذه الحالةِ لضَرورةِ عَدَمِ الدّليلِ، ثُمّ يُحْكَمُ للحالِ بكَوْنِها طالقًا بذلك الطّلاقِ المُضافِ وسَرَى [٢] واستَنَدَ إلى أوّلِ الشّهرِ، عُلِمَ أنّه خالَعَها وهي بائنةٌ عنه، فلم يصحّ الخُلْعُ ويُؤْمَرُ الزّوجُ بردِّ بَدَلِ الخُلْعِ، وإذا كانت مُنْقضيةَ العِدّةِ وقتَ الموتِ فالنّكاحُ الذي كان يَبْقَى إلى آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه لضَرورةِ عَدَمِ الدّليلِ لا يَبْقَى لارْتِفاعِه بالخُلْعِ، فبقيَ النّكاحُ إلى وقتِ الخُلْعِ ولم يَظْهَرْ أنّه كان مُرْتَفِعًا عندَ الخُلْعِ، فحُكِمَ بصحّةِ الخُلْعِ ولا يُؤْمَرُ الزّوجُ بردِّ (بَدَلِ الخُلْعِ) [٣]، بخلافِ ما إذا قال: إنْ كان زيدٌ [٤] في الدّارِ؛ لأنّ دَليلَ الوُقوفِ على (كونِ زيدٍ) [٥] في الدّارِ موجودٌ حالةَ التّكلُّمِ فانعَقَدَ الطّلاقُ تَنْجيزًا لو كان هو في الدّارِ؛ لأنّ التّعليقَ بالموجودِ تَحقّقَ [٦]، وبخلافِ ما إذا قال: إنْ كان حَمْلُ فُلانةَ غُلامًا؛ لأنّ الولدَ في البطْنِ يُمْكِنُ الوُقوفُ في الجملةِ على صِفةِ الذُّكورةِ والأُنوثةِ فإنّه ما من ساعةٍ إلاّ ويجوزُ أنْ يَسْقُطَ الحمْلُ، فانعَقَدَ الطّلاقُ تَنْجيزًا، ثُمّ عَلِمْنا بعدَ ذلك.

وبخلافِ ما إذا قال: آخِرُ امرأةٍ أتزوّجُها فهي طالقٌ فتزوّجَ امرأةً، ثُمّ أُخرى، [ثُمّ مات] [٧] أنّه يقعُ الطّلاقُ على الثّانيةِ من طريقِ التّبْيينِ؛ لأنّ هناك لَمّا [٨] تزوّجَ الثّانيةَ

---

(١) في المخطوط: «وقع».
(٢) في المخطوط: «ويسري».
(٣) في المخطوط: «البدل».
(٤) في المخطوط: «فلان».
(٥) في المخطوط: «كونه».
(٦) في المخطوط: «تحقيق».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «كما».

اتّصَفَتْ بكَوْنِها آخِرَ الوجودِ حَدًّا لآخَرَ وهو الفردُ اللاّحِقُ وهي فردٌ وهي لاحِقةٌ . ألا تَرَى أنّه يقولُ: امرأتي الأولى وامرأتي الأخيرةُ إلاّ أنّه لا يَحْكُمُ بوُقوعِ الطّلاقِ للحالِ لاحتمالِ أنّه يَتزوّجُ بثالِثةٍ فتُسْلَبُ صِفةُ الآخِريّةِ عن الثّانيةِ، فإذا مات قبل أنْ يَتزوّجَ بثالِثةٍ تَقرّرَتْ صِفةُ الآخِريّةِ للثّانيةِ من الأصلِ، فحُكِمَ بوُقوعِ الطّلاقِ من ذلك الوقتِ، وههنا دَليلُ اتِّصافِ الشّهرِ بالتّقدُّمِ مُنْعَدِمٌ في أوّلِ الشّهرِ، وما لا دَليلَ عليه يُلْحقُ بالعدَمِ، (هذا) [1] بخلافِ ما إذا قال لامرأتِه: إنْ لم أتزوّجْ عليك فأنتِ طالقٌ، ولم يَتزوّجْ حتّى مات أنّه يقعُ الطّلاقُ على امرأتِه مُقْتَصِرًا على الحالِ؛ لأنّ هناك عَلّقَ الطّلاقَ صَريحًا بعَدَمِ التّزوُّجِ، والعدَمُ يَسْتَوْعِبُ العُمُرَ.

ألا تَرَى أنّه لو تزوّجَ في العُمُرِ مَرّةً لا يوصَفُ بعَدَمِ التّزوُّجِ؛ لأنّ الوجودَ قد تَحقّقَ والعدَمُ يُقابلُ الوجودَ، فلا يتحقّقُ مع الوجودِ فيَتمُّ ثُبوتُه عندَ الموتِ، والمُعَلّقُ بشرطٍ [2] يَنْزِلُ عندَ تَحقُّقِ الشّرطِ بتَمامِه فوَقَعَ مُقْتَصِرًا على حالِ وجودِ الشّرطِ . وأمّا هذا فليس بتَعليقِ الطّلاقِ بشرطٍ بل هو إضافةُ الطّلاقِ إلى وقتٍ موصوفٍ بصِفةٍ فيتحقّقُ الطّلاقُ عندَ تَحقُّقِ الصِّفةِ بدَليلِه على التّقْديرِ الذي ذَكَرْنا، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ .

وَلو قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ قبل موتي بشهرٍ، أو قبل موتِك بشهرٍ فمات لتَمامِ الشّهرِ، أو ماتتْ لا يقعُ الطّلاقُ عندَهما.

وعندَ أبي حنيفةَ: يقعُ [فهما] [3] فرّقا بين الطّلاقِ والعتاقِ، فقالا: العتاقُ يقعُ والطّلاقُ لا يقعُ؛ لأنّ عندَهما هذا تَصرُّفُ تَعليقِ الطّلاقِ والعتاقِ بالشّرطِ، والمُعَلّقُ بالشّرطِ يَنْزِلُ بعدَ [وجودِ] [4] الشّرطِ، والزّوجُ [٢/ ١٧٣أ] بعدَ الموتِ ليس من أهلِ إيقاعِ الطّلاقِ، ولا المرأةُ بعدَ موتِها مَحَلٌّ لوُقوعِ الطّلاقِ عليها، بخلافِ العتقِ؛ لأنّه يقعُ بعدَ الموتِ كما في التّدْبيرِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَلو قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ قبل موتِ فُلانٍ وفُلانٍ بشهرٍ، أو قبل قُدومِ فُلانٍ وفُلانٍ بشهرٍ، فإنْ مات أحدُهما، أو قَدِمَ قبل مُضيِّ شهرٍ لا يعتِقُ أبدًا؛ لأنّه أضافَ العتقَ إلى شهرٍ موصوفٍ بالتّقدُّمِ على مَوْتِهما، أو قُدومِهما، ولم يوجدْ، ولا يُتَصَوّرُ وجودُه بعدَ ذلك؛

---

(١) في المطبوع: «وهو هذا».
(٢) في المخطوط: «بالشرط».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

لأنّه لو تَمّ الشّهرُ بعدَ موتِ أحدِهما، أو قُدومِ أحدِهما كان موصوفًا بالتّقَدُّمِ على موتِ أحدِهما، أو قُدومِ أحدِهما، وهو ما أضافَ العتقَ إلى هذا الشّهرِ بل إلى شهرٍ موصوفٍ بالتّقَدُّمِ على موْتِهما، أو قُدومِهما جميعًا، وهذا غيرُ ذاكَ.

وإنْ مضى شهرٌ، ثُمّ مات أحدُهما عَتَقَ العبدُ، وإنْ لم يمُتِ الآخَرُ بعدُ، بخلافِ ما إذا قال: أنتَ حُرٌّ قبل قُدومِ فُلانٍ وفُلانٍ بشهرٍ، ثُمّ قَدِمَ أحدُهما لتَمامِ الشّهرِ أنّه لا يعتِقُ ما لم يقدُمِ الآخَرُ.

ووَجه الفرقِ على [نحو] [1] **ما بيّنا فيما تَقدّمَ، وهو:** أنّه إذا مات أحدُهما تَحقّقَ كونُ الشّهرِ سابقًا على موتِهما، وإذا قَدِمَ أحدُهما لم يتحقّقْ كونُ الأوّلِ سابقًا على قُدومِهما، وإنّما يتحقّقُ عندَ وجودِ قُدومِهما جميعًا، فكان القياسُ أنْ لا يعتِقَ ما لم يموتا جميعًا في لَحْظةٍ واحدةٍ بعدَ مُضيِّ شهرٍ، فكذا في القُدومِ وهو قولُ عَليٍّ الرّازيّ؛ (لأنّ العتقَ أُضيفَ) [2] إلى شهرٍ موصوفٍ بالتّقَدُّمِ على موتِهما، أو قُدومهما مُتّصِلٌ بهما لأنّه أضافَ العتقَ إلى شهرٍ مُتَقَدِّمٍ على موتِهما أو قُدومهما ومنْ ضَرورةِ ذلك وجودُ موتِهما أو قُدومِهما جميعًا، وعندَ ثُبوتِ التّراخي فيما بين الموتَيْنِ، أو القدومَيْنِ، يكونُ العتقُ واقعًا قبل موتِ أحدِهما، أو قُدومِ أحدِهما بشهرٍ وقبل موتِ الآخَرِ، أو قُدومِ الآخَرِ بشهرٍ، وأنّه خلافُ ما أضافَ، فلا يقعُ بخلافِ ما إذا قال: أنتَ حُرٌّ قبل يوم الفِطْرِ والأضْحَى بشهرٍ حيثُ يعتِقُ كما أهَلّ هِلالُ رَمَضانَ؛ لأنّ وجودَ وقتٍ (مُتّصِفٍ بالتّقَدُّمِ) [3] عليهما بشهرٍ مُسْتَحيلٌ، والعاقِلُ لا يقصِدُ بكَلامِه المُسْتَحيلَ فعُلِمَ أنّه أرادَ به إضافةَ العتقِ إلى وقتٍ موصوفٍ بالتّقَدُّمِ على أحدِ اليومَيْنِ بشهرٍ وعلى [4] الآخَرِ بمُدّةٍ غيرِ مُقَدّرةٍ، وفيما نحنُ فيه لا استِحالَةَ، فيُراعَى عَيْنُ ما أضافَ إليه (وجواب الاستحسان) [5] عن هذا أنّ الأصلَ في أحْكامِ الشّرعِ أنّ المُسْتَحيلَ عادةً يَلْحقُ بالمُسْتَحيلِ حقيقةً، وقُدومُ شَخْصٍ [6] في جزءٍ لا يتحرى [7] من الزّمانِ بحيثُ لا يتقَدّمُ أحدُهما على صاحِبه [8] مُسْتَحيلٌ عادةً، وكذا موتُ شَخْصَيْنِ على هذا الوجه والجوابُ في المُسْتَحيلِ حقيقةً وهو مسألةُ الفِطْرِ والأضْحَى

(١) زيادة من المخطوط
(٢) في المخطوط: «لأنه أضاف العتق».
(٣) في المخطوط: «متقدم».
(٤) في المخطوط: «وإلى».
(٥) في المطبوع: «وجوب الاستحالة».
(٦) في المخطوط: «شخصين».
(٧) في المخطوط: «يتحرى».
(٨) في المخطوط: «الآخر».

هكذا، فكذا في المُسْتَحيلِ عادةً.

و[كذا] (١) لو قال: أنتَ حُرٌّ قبل قُدوم فُلانٍ وموتِ فُلانٍ بشهرٍ، فإنْ مات أحدُهما أو قَدِمَ أحدُهما قبل مُضيِّ الشّهرِ لا يعتِقُ أبدًا لما قُلْنا، وإنْ مات أحدُهما لتَمامِ الشّهرِ لا يعتِقُ حتّى يقدُمَ الآخرُ، وإنْ قَدِمَ أحدُهما بعدَ مُضيِّ الشّهرِ عَتَقَ ولا يُنْتَظَرُ موتُ الآخرِ، إلاّ أنّه لا يُسْتَدَلُّ لما ذَكَرْنا أنّ الموتَ كائنٌ لا مَحالةَ والقُدومُ موهومُ الوجودِ.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ السّاعةَ إنْ كان في علمِ اللّه عَزّ وجَلّ أنّ فُلانًا يقدُمُ إلى شهرٍ، فهذا وقولُه: قبل قُدوم فُلانٍ بشهرٍ سَواءٌ؛ لأنّه لا يُرادُ بهذا علمُ اللّه تعالى الأزَليُّ القائمُ بذاتِه عَزّ وجَلّ، وإنّما يُرادُ به ظُهورَ هذا [القُدومِ] (٢) المعلومِ لَنا، وقد يَظْهَرُ لَنا وقد لا يَظْهَرُ، فكان شرطًا فيُقْتَصَرُ العتقُ على حالِ وجودِ الشّرطِ كما في سائرِ التّعليقاتِ بشُروطِها، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَلو قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي بشهرٍ فكاتَبَه في نصفِ الشّهرِ، ثُمّ مات لتَمامِ الشّهرِ، فإنْ كان استَوْفَى بَدَلَ الكِتابةِ، ثُمّ مات لتَمامِ الشّهرِ كان العتقُ حاصِلاً بجِهةِ الكِتابةِ، وإنْ كان لم يَسْتَوْفِ بعدُ بَدَلَ الكِتابةِ عَتَقَ بالإعتاقِ السّابقِ وسَقَطَ اعتِبارُ الكِتابةِ عندَ أبي حنيفةَ، وهذا يَدُلُّ على أنّ العتقَ يَثْبُتُ بطريقِ الاستِنادِ عندَه.

وقال أبو القاسِمِ الصّفّارُ: إنّه تَبْطُلُ الكِتابةُ من الأصلِ سَواءٌ كان استَوْفَى بَدَلَ الكِتابةِ، أو لم يَسْتَوْفِ، وهو قياسُ قولِ مَنْ يقولُ بثُبوتِ العتقِ من طريقِ الظُّهورِ المحضِ؛ لأنّه تَبيّنَ أنّ العتقَ يَثْبُتُ من أوّلِ الشّهرِ، فيتبيّنَ أنّ الكِتابةَ لم تَصحّ، وقد ذَكَرْنا تَصْحيحَ ما ذُكِرَ في الكِتاب وهو العتقُ بطريقِ الاستِنادِ فيما تَقَدّمَ فلا نُعيدُه.

وعندَهما إنِ استَوْفَى بَدَلَ الكِتابةِ فالأمرُ ماضٍ؛ لأنّ العتقَ عندَهما يَثْبُتُ مُقْتَصِرًا على حالِ الموتِ وهو حُرٌّ في هذه الحالةِ لوُصولِه إلى الحُرّيّةِ بسبب الكِتابةِ عندَ أداءِ البدَلِ، وإنْ كان لم يَسْتَوْفِ بعدُ بَدَلَ الكِتابةِ، فإنْ كان العبدُ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ عَتَقَ من جميعِ المالِ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ غيرُه عَتَقَ ثُلُثُه بالتّدْبيرِ؛ لأنه مُدَبّرٌ مُقيّدٌ؛ لأنّ عِتْقَه عُلّقَ بموتٍ موصوفٍ بصِفةٍ قد يوجدُ على [٢/ ١٧٣ب] تلك الصّفةِ وقد لا يوجدُ، ويَسْعَى في الأقَلِّ من ثُلُثَيْ قيمَتِه، ومن جميعِ بَدَلِ الكِتابةِ عندَ أبي يوسُفَ وعندَ محمّدٍ يَسْعَى في الأقَلِّ من

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

ثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتابةِ ومن ثُلُثَيْ قيمَتِه.

واصلُ المسالةِ: أنّ مَنْ دَبّرَ عبدَه، ثُمّ كاتَبَه، ثُمّ مات المولى ولا مالَ له غيرُه يعتِقُ ثُلُثُه مَجّانًا بالتّدْبيرِ، ثُمّ يَسْعَى في الأقَلِّ من ثُلُثَيْ قيمَتِه، ومن جميعِ بَدَلِ الكِتابةِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ في الأقَلِّ من ثُلُثَيْ قيمَتِه، ومن ثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتابةِ، فهذا على ذاكَ، إلاّ أنّ عندَ أبي حنيفةَ يُخَيّرُ العبد بين أنْ يَسْعَى في هذا وبين أنْ يَسْعَى في ذاكَ، وعندَهما يَسْعَى في الأقَلِّ منها بدونِ التّخْييرِ، ثُمّ عندَ أبي حنيفةَ في مسألةِ الكِتابةِ، يعتَبرُ [1] صحّةَ المالِكِ ومَرَضِه في أوّلِ الشّهرِ. هكذا ذَكَرَ في النّوادِرِ؛ لأنّه يصيرُ مُعْتَقًا من ذلك الوقتِ، وقيلَ: هذا هو الحيلةُ لمَنْ أرادَ أنْ يُدَبِّرَ عبدَه، ويعتِقَ من جميعِ المالِ.

وإنْ كان لا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ بأنْ يقول: أنتَ حُرٌّ قبل موتي بشهرٍ أو شهرَيْنِ أو ثلاثةِ أشهرٍ أو ما شاء من المُدّةِ؛ ليعتِقَ من ذلك الوقتِ وهو فيه صَحيحٌ فيعتِقُ من جميعِ المالِ، وعندَهما كيْفَ ما كان يُعْتَبَرُ عِتْقُه من الثُّلُثِ؛ لأنّه يصيرُ عندَهما مُعْتَقًا بعدَ الموتِ، واللّه عَزّ وجَلّ المُسْتَعانُ.

وَامّا الإضافةُ إلى وقتَيْنِ: فالأصلُ فيه أنّ المُضافَ إلى وقتَيْنِ يَنْزِلُ عندَ أوّلِهما، والمُعَلّقُ بشرطَيْنِ [يَنْزِلُ] [2] عندَ آخِرِهما، والمُضافُ إلى أحدِ الوقتَيْنِ غيرُ عَيْنٍ؛ فيَنْزِلُ عندَ أحدِهما والمُعَلّقُ بأحدِ شرطَيْنِ غيرُ عَيْنٍ يَنْزِلُ عندَ أوّلِهما، ولو جَمع بين فعلٍ ووقتٍ يعتَبرُ فيه الفعلَ، ويَنْزِلُ عندَ وجودِه في ظاهرِ الرِّوايةِ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه يَنْزِلُ عندَ أوّلِهما أيُّهما كان.

وبيانُ هذه الجملةِ، إذا قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ اليومَ وغَدًا، يُعْتَقُ في اليومِ؛ لأنّه جعل الوقتَيْنِ جميعًا ظَرْفًا للعِتْقِ، فلو تَوَقّفَ وُقوعُه على أحدِهما، لَكان الظّرْفُ واحدًا لوقتَيْنِ لا كِلاهما، وأنّه إيقاعُ تَصَرُّفِ العاقِلِ لا على الوجه الذي أوقَعَه.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ اليومَ غَدًا، أُعْتِقَ في اليومِ؛ لأنّه أضافَ الإعتاقَ إلى اليومِ، ثُمّ وصَفَ اليومَ بأنّه غَدٌ وأنّه مُحالٌ (ويَبْطُلُ وصفُه، وبقيَتِ) [3] الإضافةُ إلى اليومِ.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ غَدًا اليومَ، يُعْتَقُ في الغدِ؛ لأنّه أضافَ العتقَ إلى الغدِ، ووَصَفَ

---

(١) في المخطوط: «تعتبر».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فبطل وبقى».

الغدَ باليومِ وهو مُحالٌ فلم يصحّ وصفُه، وبقيَتْ إضافَتُه العتقَ إلى الغدِ فيُعْتَقُ في الغدِ.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ إنْ قَدِمَ فُلانٌ وفُلانٌ فما لم يُقْدِما جميعًا، لا يعتِقُ؛ لأنّه عَلّقَ عِتْقَه بشرطَيْنِ فلا يَنْزِلُ إلاّ عندَ آخِرِهما، إذْ لو نزل عندَ أوّلِهما لَبَطَلَ التّعليقُ بهما ولكان ذلك تَعليقًا بأحدِهما، وهو عَلّقَ بهما جميعًا لا بأحدِهما.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ اليومَ أو غدًا يُعْتَقُ في الغدِ؛ لأنه جعل [أحدَ] [1] الوقتَيْنِ ظَرْفًا، فلو عَتَقَ في اليومِ، لَكان الوقتانِ جميعًا ظَرْفًا، وهذا خلافُ تَصرُّفِه.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ إنْ قَدِمَ فُلانٌ أو غدًا . فإنْ قَدِمَ فُلانٌ قبل مَجيءِ الغدِ، عَتَقَ، وإنْ جاءَ الغدُ قبلَ قُدومِ فُلانٍ، لا يُعْتَقُ ما لم يقدُم في جَواب ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّ أيّهما سبقَ مَجيئُه؛ يُعْتَقُ [2] عندَ مَجيئِه، والأصلُ فيه أنّه ذَكَرَ شرطًا ووقتًا في تَصرُّفٍ واحدٍ ولا يُمْكِنُ الجمْعُ بينهما؛ لما بين التّعليقِ بشرطٍ وبين الإضافةِ إلى وقتٍ من التّنافي، فلا بُدّ من اعتِبارِ أحدِهما وتَرْجيحِه [3] على الآخَرِ، فأبو يوسُفَ رَجّحَ جانِبَ الشّرطِ؛ لأنّ الشّرطَ لا يصْلُحُ ظَرْفًا والظّرْفُ قد يصْلُحُ شرطًا، فكان الرُّجْحانُ لجانِب الشّرطِ، فاعتبَرَه تَعليقًا بأحدِ الشّرطَيْنِ فيَنْزِلُ عندَ وجودِ أوّلِهما أيُّهما كان كما إذا نصّ على ذلك، ونحنُ رَجّحْنا السّابقَ منهما في اعتِبارِ التّعليقِ والإضافةِ، فإنْ كان الفعلُ هو السّابقُ، يعتَبرُ التّصرُّفَ تَعليقًا واعتِبارُه تَعليقًا يقتَضي نُزول العتقِ عندَ أوّلِ الشّرطَيْنِ، كما إذا عَلّقَه بأحدِ شرطَيْنِ نصًّا، وإنْ كان الوقتُ هو السّابقُ، يعتَبرُ إضافَتَه واعتِبارُها يقتَضي نُزول العتقِ عندَ آخِرِ الوقتَيْنِ، كما إذا أضافَ إلى آخِرِ الوقتَيْنِ نصًّا، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ الرُّكنِ فهو ما ذَكَرْنا في الطّلاقِ، وهو أنْ يكونَ الرُّكنُ عاريًا عن الاستثناءِ رأسًا كيْفَما كان الاستثناءُ وضْعيًّا كان أو عُرْفيًّا عندَ عامّةِ العلماءِ.

والكلامُ في الاستثناءِ في العتاقِ وبيانِ أنواعِه وماهيّةِ كُلِّ نوعٍ وشرائطِ صحّتِه، على نحوِ الكلامِ في باب الطّلاقِ وقد ذَكَرْنا ذلك كُلّه في كِتاب الطّلاقِ ولا يختلِفانِ إلاّ في شيءٍ واحدٍ وهو أنّه يُتَصَوّرُ استثناءُ بعضِ العدَدِ في الطّلاقِ ولا يُتَصَوّرُ في العتاقِ؛ لأنّ الطّلاقَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عتق».
(٣) في المخطوط: «وتصحيحه».

ذو عَدَدٍ فيُتَصَوّرُ فيه استثناءُ بعضِ العدَدِ، والعتقُ لا عَدَدَ له فلا يُتَصَوّرُ فيه استثناءُ بعضِ العدَدِ، وإنّما يُتَصَوّرُ استثناءُ بعضِ الجملةِ الملفوظةِ، نحوَ أنْ يقول لعَبيدِه: أنتُم أحْرارٌ إلاّ سالِمًا؛ لأنّ نصّ الاستثناءِ مع نصِّ المُسْتَثْنَى منه تَكَلُّمٌ بالباقي.

ولو استَثْنَى [٢/ ١٧٤أ] عِتْقَ بعضِ العبدِ يصحُّ عندَ أبي حنيفةَ، وعندنا ولا يصحُّ عندَهما؛ بناءً على أنّ العتقَ يتجَزّأُ عندَه فيكونُ استثناءُ البعضِ من الكُلِّ فيصحُّ، وعندَهما لا يتجَزّأُ فيكونُ استثناءُ الكُلِّ من الكُلِّ فلا يصحُّ.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن محمّدٍ فيمَنْ قال: غُلامايَ حُرّانِ سالِمٌ وبَريعٌ إلاّ بَريعًا، أنّ استثناءَه جائزٌ؛ لأنّه ذَكَرَ جملةً ثُمّ فصّلَها بقولِه: سالِمٌ وبَريعٌ، فانصَرَفَ الاستثناءُ إلى الجملةِ الملفوظِ بها فكان استثناءُ البعضِ من الجملةِ الملفوظةِ فصَحّ، وليس كذلك ما إذا قال: سالِمٌ حُرٌّ وبَريعٌ إلاّ سالِمًا؛ لأنّه لَمّا ذَكَرَ كُلّ واحدٍ منهما بانفِرادِه كان هذا استثناءً عن كُلِّ واحدٍ منهما، فكان استثناءُ الكُلِّ من الكُلِّ فلا يصحُّ، ولو قال أنتَ حُرٌّ، وحُرٌّ إنْ شاء اللّه تعالى بَطَلَ الاستثناءُ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: الاستثناءُ جائزٌ.

وجه قولِهما: أنّ هذا كلامٌ واحدٌ معطوفٌ بعضُه على بعضٍ بحَرْفِ العطْفِ، فلا يقعُ به الفصلُ بين المُسْتَثْنَى و[بين] [(١)] المُسْتَثْنَى منه، كما لو قال: أنتَ حُرٌّ للّه، إنْ شاء اللّه تعالى.

ولأبي حنيفةَ أن قوله: حُرٌّ وحُرٌّ، لَغْوٌ؛ لثُبوتِ الحُرّيّةِ باللّفْظِ الأوّلِ فكان فاصِلاً بمنزلةِ السُّكوتِ، بخلافِ قولِه: أنتَ حُرٌّ للّه، إنْ شاء اللّه تعالى، [لأن قوله: لله] [(٢)]، ليس بلَغْوٍ فلا يكونُ فاصِلاً.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن محمّدٍ في رجلٍ له خمسةٌ من الرّقيقِ، فقال: عشرةٌ من مَماليكي إلاّ واحدًا أحْرارٌ [أنّه] [(٣)] يُعْتِقُ الخمْسةَ جميعًا؛ لأنّه لَمّا قال: عشرةٌ من مَماليكي أحْرارٌ إلاّ واحدًا، فقد استَثْنَى الواحدَ من العشرةِ، والاستثناءُ تَكَلُّمٌ بالباقي فصار كأنّه قال: تِسْعةٌ من مَماليكي أحْرارٌ، وله خمسةٌ، ولو قال ذلك، عُتِقوا جميعًا كذا هذا.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.

ولو قال: مَماليكي العشرةُ أحْرارٌ إلاّ واحدًا، عَتَقَ منهم أربعةٌ؛ لأنّ هذا رجلٌ ذَكَرَ مَماليكَه وغَلَطَ في عَدَدِهم بقولِه: العشرةُ فيَلْغو هذا القولُ ويَبْقَى قولُه: مَماليكي أحْرارٌ إلاّ واحدًا، ولو قال ذلك، وله خمسةُ مَماليكَ، يُعْتِقُ أربعةً منهم كذا هذا، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فَصْلٌ [في صفة الإعتاق]

وأمّا صِفةُ الإعتاقِ: فهي [١] أنّ الإعتاقَ هل يتجَزّأُ أم لا؟ وقد اختُلِفَ فيه.

قال أبو حنيفةَ: يتجَزّأُ سَواءٌ كان المُعْتِقُ موسِرًا أو مُعْسِرًا [٢].

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يتجَزّأُ كيْفَ ما كان المُعْتِقُ.

وقال الشّافعيُّ: إنْ كان مُعْسِرًا يتجَزّأُ، وإنْ كان موسِرًا لا يتجَزّأُ [٣].

والمسألةُ مُخْتَلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله عنهم، قال بعضُهم فيمَنْ أعتَقَ نصفَ عبدٍ بينه وبين غيرِه: إنّه يُعْتِقُ نصفَه ويَبْقَى الباقي رَقيقًا، يجبُ تخريجُه إلى العتاقِ، وهو مذهبُ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه، وقال بعضُهم: يُعْتِقُ كُلّه وليس للشّريكِ إلاّ الضّمانُ [٤].

وقال عَليٌّ وابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما: عَتَقَ ما عَتَقَ ورَقّ ما رَقّ، هما احتَجّا بالنّصّ والمعقولِ والأحْكامِ.

أمّا النّصُّ: فما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ أَعْتَقَ [٥] شِقْصًا [٦] لَهُ مِنْ عَبْدٍ، عَتَقَ كُلُّهُ لَيسَ لِلَّهِ فِيهِ شَرِيكٌ» وهذا نصٌّ على عَدَمِ التّجَزّي.

---

(١) في المخطوط: «فهو».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٦٧٠)، العناية مع فتح القدير (٤/ ٤٥٨).
(٣) مذهب الشافعية: أن من أعتق بعض عبده، فإما أن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان باقيه له فيعتق عليه كله. ولو أضاف إلى عضو معين عتق كله، وإن كان باقية المملوك لغيره، بأن كان له شريك فيه فيعتق نصيب المعتق، وإن كان موسرًا بقيمة باقيه لزمه قيمته للشريك وإن كان معسرًا بقي الباقي على ملك الشريك، إن شاء أعتقه وإن شاء استبقاه، انظر الأم (٧/ ١٩٧)، الحاوي الكبير (٢٢/ ٥، ٦)، الوسيط (٧/ ٤٦٣، ٤٦٤)، الروضة (١٢/ ١١٠، ١١٢)، مغني المحتاج (٤/ ٤٩٢، ٤٩٥، ٤٩٦).
(٤) في المخطوط: «التضمين».
(٥) في المخطوط: «عتق».
(٦) الشِّقص: النصيب في العين المشتركة من كل شيء. انظر النهاية لابن الأثير (٢/ ٤٩٠).

وفي رِوايةٍ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ لَيْسَ لِلَّهِ فِيهِ شَرِيكٌ»[(١)].

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ العتقَ في العُرْفِ[(٢)] اسمٌ لقوّةٍ حُكميّةٍ دافِعةٍ (يَدَ الاستيلاءِ)[(٣)]، والرِّقُّ اسمٌ لضَعْفٍ حُكميٍّ يصيرُ به الآدَميُّ مَحِلاًّ للتّمَلُّكِ، فيُعْتَبَرُ الحُكميُّ بالحقيقيِّ، وثُبوتُ القوّةِ الحقيقيّةِ والضّعْفِ الحقيقيِّ في النِّصفِ شائعًا مُسْتَحيلٌ فكذا الحُكميُّ؛ ولأنّ للعِتْقِ آثارًا من المالِكيّةِ والوِلايةِ والشّهادةِ والإرثِ ونحوِها، وثُبوتُ[(٤)] هذه الآثارِ لا يحتملُ التّجزّي; ولهذا لم يتجزّأ في حالِ الثُّبوتِ حتّى لا يَضْرِبَ الإمامُ الرِّقّ في أنْصافِ السّبايا ويمُنُّ عليهم بالأنْصافِ[(٥)]، كذا في حالةِ البقاءِ.

وأمّا الأحْكامُ: فإنّ إعتاقَ النِّصفِ قد تَعَدّى إلى النِّصفِ الباقي في الأحْكامِ، حتّى امتَنَعَ جَوازُ التّصرُّفاتِ النّاقِلةِ للملكِ فيه من البيعِ والهِبةِ والصّدَقةِ والوصيّةِ عندَ أصحابنا، وكذا يجبُ تخريجُه إلى عِتْقِ الكُلِّ بالضّمانِ أو بالسِّعايةِ[(٦)]، حتّى يُجْبرَه القاضي على ذلك، وهذا من آثارِ عَدَمِ التّجزّي، وكذا الاستيلادُ لا يتجزّأُ حتّى لو استَوْلَدَ جاريةً بينه وبين شريكِه وادّعاه، تَصيرُ كُلُّها أُمّ ولدٍ له بالضّمانِ.

ومعلومٌ أنّ الاستيلادَ يوجِبُ حقّ الحُرّيّةِ لا حقيقةَ الحُرّيّةِ، فالحقُّ إذا لم يحتمل التجزؤ فالحقيقةُ أولى، وكذا لو عَتَقَ[(٧)] نصفَ أُمِّ ولدِه أو أُمّ ولدٍ بينه وبين شريكِه، عَتَقَ كُلّها، وإذا لم يكنِ الإعتاقُ مُتَجزّئًا، لم يكنِ المحِلُّ [في][(٨)] حقِّ العتقِ مُتَجزّئًا، وإضافةُ التّصرُّفِ إلى بعضِ ما لا يتجزّأُ في حقِّه يكونُ إضافةً إلى الكُلِّ، كالطّلاقِ والعفوِ عن القِصاصِ، واللّه أعلَمُ.

ولأبي حنيفةَ النُّصوصُ والمعقولُ والحُكمُ:

أمّا النّصُّ: فما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عُمَرَ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال:

---

(١) رواه البخاري، كتاب الشركة، باب: تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل، حديث (٢٤٩١)، ومسلم، كتاب العتق، باب: ذكر سعاية العبد، حديث (١٥٠٣)، وأبو داود، حديث (٣٩٣٣)، والترمذي حديث (١٣٤٦)، وابن ماجه، حديث (٢٥٢٧)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٧٣)، والطبراني في الكبير (١/ ١٩١)، حديث (٥٠٧).

(٢) في المخطوط: «عرف الشرع».

(٣) في المخطوط: «للاستيلاء».

(٤) في المخطوط: «وشيء».

(٥) في المخطوط: «في الأنصاف».

(٦) في المخطوط: «السعاية».

(٧) في المخطوط: «أعتق».

(٨) ليست في المخطوط.

«مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ، كُلِّفَ عِتْقَ بَقِيَّتِهِ» وإنْ لم يكنْ عندَه ما يُعْتِقُه فيه، جاز ما صَنَعَ، ورُوِيَ: «كُلِّفَ عِتْقَ مَا بَقِيَ» [١] ورُوِيَ [٢/ ١٧٤ب]: «وجَبَ عليه أنْ يُعْتِقَ ما بقيَ»، (وذلك كُلُّه) [٢] نصٌّ على التّجزّي؛ لأنّ تَكليفَ عِتْقِ الباقي لا يُتَصوّرُ بعدَ ثُبوتِ العتقِ في كُلّه، وقولُه ﷺ: «جَازَ مَا صَنَعَ»، إشارةٌ إلى عِتْقِ البعضِ إذْ هو الذي صَنَعَه لا غيرُ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أيضًا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي [٣] عَبْدٍ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِلَّا عَتَقَ مَا عَتَقَ» [٤] والحديثُ يَدُلُّ على تَعَلُّقِ عِتْقِ الباقي بالضّمانِ إذا [٥] كان المُعْتِقُ موسِرًا، وعلى عِتْقِ البعضِ إنْ كان مُعْسِرًا، فيَدُلُّ على التّجزّي في حالةِ اليسارِ والإعسارِ.

ورُوِيَ عن أبي هُرَيْرةَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ كَانَ لَهُ شِقْصٌ فِي مَمْلُوكٍ فَأَعْتَقَهُ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ فِي رَقَبَتِهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ» وفي رِوايةٍ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا [لَهُ] [٦] مِنْ مَمْلُوكٍ [٧] فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَهُ كُلَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ» [٨].

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ الإعتاقَ إنْ كان تَصَرُّفًا في الملكِ والماليّةِ بالإزالةِ، فالملكُ مُتَجَزِّئٌ وكذا الماليّةُ بلا شَكٍّ، حتّى تَجْرِيَ فيه سِهامُ الورَثةِ ويكونُ مُشْتَرَكًا بين جَماعةٍ كثيرةٍ من الغانِمينَ وغيرِهم، وإنْ كان تَصَرُّفًا في الرّقّ فالرِّقُّ مُتَجَزِّئٌ أيضًا؛ لأنّ مَحِلّه مُتَجَزِّئٌ وهو العبدُ وإذا كان مَحِلُّه مُتَجزِّئًا، كان هو مُتَجزِّئًا ضرورةً.

---

(١) رواه أبو عوانة في مسنده (٣/ ٢٢٠)، حديث (٤٧١٣)، والطبراني في الأوسط (٧/ ١١٨)، حديث (٧٠٢٤)، وأحمد، حديث (٥٤٧٤)، وابن عدي في الكامل (٣/ ٩٧)، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٨٤): «أعله - ابن عدي: بداود بن الزبرقان. وضعفه ابن معين والنسائي، ثم قال: وهو من جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم».

(٢) في المخطوط: «وكل ذلك».

(٣) في المخطوط: «من».

(٤) رواه البخاري، كتاب العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين أو أمة بين اثنين، حديث (٢٥٢٢)، ومسلم، كتاب العتق، حديث (١٥٠١)، وأبو داود، حديث (٣٩٤٠)، والترمذي، حديث (١٣٤٦)، والنسائي، حديث (٤٦٩٩)، وابن ماجه، حديث (٢٥٢٨)، وابن حبان (١٠/ ١٥٥)، حديث (٤٣١٦)، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٥) في المخطوط: «إن».

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) في المخطوط: «عبد».

(٨) سبق تخريجه قريبًا.

وأمّا حُكمُ [1] الاثنَيْنِ إذا أعتَقا عبدًا مُشْتَرَكًا بينهما، كان الولاءُ بينهما نصفَيْنِ، والولاءُ من أحْكامِ العتقِ فدَلّ تَجَزُّؤُه على تَجزُّؤِ العتقِ.

وأمّا الحديث: فقد قِيلَ: إنّه غيرُ مرفوعٍ بل هو موقوفٌ على عُمَرَ رضي الله عنه وقد رُوِيَ عنه خلافَه، فإنّه رُوِيَ أنّه قال في عبدٍ بين صَبيٍّ وبالِغٍ أعتَقَ البالِغُ نصيبَه قال: يَنْتَظِرُ بُلوغَ الصّبيِّ، فإذا بَلَغَ إنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء استَسْعَى، ولئِنْ ثَبَتَ رَفْعُه فتأويلُه من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ معنى قولِه: عَتَقَ كُلُّه أي: استَحقّ عِتْقَ كُلِّه؛ لأنّه يجبُ تخريجُ الباقي إلى العتقِ لا مَحالةَ فيُعْتِقُ الباقي لا مَحالةَ بالاستِسْعاءِ أو بالضّمانِ، وما كان مُسْتَحقُّ الوجودِ يُسَمّى باسمِ الكونِ والوجودِ قال اللّه تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾ [الزمر: ٣٠].

والثاني: أنّه يُحْتَمَلُ أنّ المُرادَ منه عِتْقُ كُلِّه للحالِ، ويُحْتَمَلُ أنّ المُرادَ منه عِتْقُ كُلِّه عندَ الاستِسْعاءِ والضّمانِ، فنَحمِلُه على هذا عَمَلاً بالأحاديثِ كُلِّها.

وأمّا قولُهما: إنّ العتقَ قوّةٌ حُكميّةٌ فيُعْتَبَرُ بالقوّةِ الحقيقيّةِ، وثُبوتُها في البعضِ شائعًا مُمْتَنِعٌ، فكذا الحُكميّةُ، فنَقولُ: لِمَ قُلْتُم: إنّ اعتِبارَ الحُكمِ بالحقيقةِ لازِمٌ؟ أليس أنّ الملكَ عِبارةٌ عن القُدْرةِ الحُكميّةِ والقوّةُ والقُدْرةُ سَواءٌ؟! ثُمّ الملكُ يَثْبُتُ في النِّصفِ شائعًا، وهذا لأنّ الأمرَ الشّرعيّ يُعْرَفُ بدَليلِ الشّرعِ، وهو النّصُّ والاستِدْلالُ لا بالحقائقِ، وما ذُكِرَ من الآثارِ فليستْ من لَوازِمِ العتقِ.

(ألا تَرَى) [2] أنّه يُتَصَوّرُ ثُبوتُ العتقِ بدونِها كما في الصّبيِّ والمجنونِ، بل هي من الثّمَراتِ وفَواتُ الثّمَرةِ لا يُخِلُّ بالذّاتِ، ثُمّ إنّها من ثَمَراتِ حُرّيّةِ كُلِّ الشّخْصِ لا من ثَمَراتِ حُرّيّةِ البعضِ. فإنّ الوِلاياتِ والشّهاداتِ [شُرِعَتْ] [3] قضاءَ حقِّ العاجِزينَ؛ شُكرًا لنِعْمةِ القُدْرةِ، وذلك عندَ كمالِ النِّعْمةِ، وهو أنْ يَنْقَطِعَ عنه حقُّ المولى ليصِلَ إلى إقامةِ حُقوقِ الغيرِ.

وقولُهما: لا يتجزّأُ ثُبوتُه كذا زوالُه من مَشايِخِنا مَنْ مَنَعَ، وقال: إنّ الإمامَ إذا ظَهَرَ على جَماعةٍ من الكفَرةِ وضَرَبَ الرِّقّ على أنْصافِهم ومَنّ على الأنْصاف جاز، ويكونُ حُكمُهم

---

(١) في المخطوط: «الحكم فإن».

(٢) في المخطوط: «إلا».

(٣) ليست في المخطوط.

حُكمَ مُعْتَقِ البعضِ في حالةِ البقاءِ، ثُمّ إنْ سَلّمْنا، فالرِّقُّ مُتجَزِّئٌ في نفسِه حالةَ الثُّبوتِ، لكنّه تَكامَلَ لتَكامُلِ سببه وهو الاستيلاءُ إذْ لا يُتَصَوّرُ وُرودُه على بعضِ المحِلِّ دونَ بعضٍ [١]، وفي حالةِ البقاءِ [يتصور] [٢] وجودُ سبب زوالِه كامِلاً وقاصِرًا، فيَثْبُتُ كامِلاً وقاصِرًا على حَسْب السّبَب.

وأمّا التّخْريجُ إلى الإعتاقِ وامتِناعُ جَوازِ التّصرُّفاتِ فليس لعَدَمِ التّجزُّؤِ بل لمعنًى آخَرَ نَذْكُرُه إنْ شاء اللّه تعالى.

وأمّا الاستيلادُ، فمَمْنوعٌ؛ أنّه لا يتجَزّأُ بل هو مُتجَزِّئٌ، فإنّ الأمةَ المُشْتَرَكةَ بين اثنَيْنِ إذا جاءَتْ بولَدٍ فادّعَياه جميعًا، صارتْ أُمّ ولدٍ لهما، إلاّ أنّه إذا ادّعَى أحدَهما، صارتْ كُلُّها أُمّ ولدٍ له؛ لوجودِ سببِ التّكامُلِ وهو نسبةُ كُلِّ أُمِّ الولدِ إليه بواسِطةِ الولدِ على ما نَذْكُرُه في كِتاب الاستيلادِ، وما من مُتجَزِّئٍ إلاّ وله حالُ الكمالِ إذا وُجِدَ السّبَبُ بكَمالٍ يتكامَلُ، وإذا وُجِدَ قاصِرًا، لا يتكامَلُ بل يَثْبُتُ بقدرِه، وفي مسألَتِنا وُجِدَ قاصِرًا فلم يتكامَلْ.

وكذا إعتاقُ أُمِّ الولدِ مُتجَزِّئٌ، والثّابتُ له [٣] عِتْقُ النِّصفِ، وإنّما يَثْبُتُ [له] [٤] العتقُ في النِّصفِ الباقي لا بإعتاقِه؛ بل لعَدَمِ الفائدةِ في بقاءِ نصيب الشّريكِ كما في الطّلاقِ [٢/ ١٧٥أ] والعفوِ عن القِصاصِ، على ما عُرِفَ في مسائلِ الخلافِ، واللّه أعلَمُ.

وإذا عُرِفَ هذا الأصلُ، يُبنَى عليه مسائلُ: عبدٌ بين رجلَيْنِ أعتَقَ أحدُهما نصيبَه، يُعْتَقُ نصيبُه لا غيرُ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإعتاقَ عندَه مُتجزِّئٌ، وإعتاقُ [٥] البعضِ لا يوجِبُ إعتاقَ الكُلِّ بل يُعْتِقُ بقدرِ ما أعتَقَ ويَبْقَى الباقي رَقيقًا، ولِلشّريكِ السّاكِت خمسُ خياراتٍ: إنْ شاء أعتَقَ نصيبَه، وإنْ شاء دَبّرَه، وإنْ شاء كاتَبَه، وإنْ شاء استَسْعاه، مُعْسِرًا كان المُعْتَقُ أو موسِرًا ويَسْعَى وهو رَقيقٌ، وإنْ شاء ضَمّنَ المُعْتَقَ قيمةَ نصيبَه إنْ كان موسِرًا، وليس له خيارُ التّرْكِ على حالِه؛ لأنّه لا سبيلَ إلى الانتِفاعِ به مع ثُبوتِ الحُرّيّةِ في جزءٍ منه، وتَرْكُ المالِ مِنْ غيرِ انتِفاعِ أحدٍ به سببٌ له، وإنّه حَرامٌ، فلا بُدّ من تخريجِه إلى العتقِ، وله الخيارُ في ذلك من الوجوه التي وصَفْنا [٦].

---

(١) في المخطوط: «البعض».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «به».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فإعتاق».
(٦) في المخطوط: «وصفناها».

أمّا خيارُ الإعتاقِ والتّدْبيرِ والكِتابةِ؛ فإن نصيبَه باقٍ على ملكِه وأنّه محتمل [١] لهذه التّصرُّفاتِ كما في حالِ الابتِداءِ.

وَأمّا خيارُ السِّعايةِ [٢]؛ فلأنّ نصيبَه صار مُحْتَسَبًا عندَ العبدِ لحقِّه [٣] لثُبوتِ العتقِ [له] [٤] في نصفِه فيصيرُ مَضْمونًا عليه، كما إذا انصَبَغَ ثَوْبُ إنسانٍ بصَبْغِ غيرِه من غيرِ صُنْعِ أحدٍ، فاختارَ صاحِبُ الثّوب [الثّوبَ] [٥] أنّه يجبُ عليه ضَمانُ الصّبْغِ؛ لصَيْرورةِ الصّبْغِ مُحْتَسَبًا عندَه لقيامِه بثَوْبٍ مَمْلوكٍ له لا يُمْكِنُه التّمْييزُ. كذا ههنا؛ ولأنّ في السِّعايةِ سَلامةَ نفسِه ورَقَبَتِه له وإنْ لم تَصِرْ رَقَبَتُه مَمْلوكةً له.

ويجوزُ إيجابُ الضّمانِ بمُقابَلةِ سَلامةِ الرّقَبةِ من غيرِ تَمَلُّكٍ كالمُكاتَب وشراءِ العبدِ نفسَه من مولاه؛ ولأنّ مَنْفعةَ الإعتاقِ حَصَلَتْ له فكان عليه ضَمانُه؛ لقولِه ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**» ثُمّ خيارُ السِّعايةِ مذهبُنا [٦].

وقال الشّافعيُّ: لا أعرِفُ السِّعايةَ في الشّريعةِ [٧].

والوجه لقولِه: أنّ ضَمانَ السِّعايةِ إمّا أنْ يكونَ ضَمانُ إتْلافٍ، وإمّا أنْ يكونَ ضَمانُ تَمَلُّكٍ، ولا إتْلافَ من العبدِ بوَجْهٍ إذْ لا صُنْعَ له في الإعتاقِ رأسًا، ولا ملكَ يَحْصُلُ للعبدِ في نفسِه بالضّمانِ؛ ولأنّ المولى لا يجبُ له على عبدِه دَيْنٌ؛ لما فيه من الاستِحالةِ وهي [٨] كونُ الشّيءِ الواحِدِ واجِبًا عليه وله؛ ولأنّ العبدَ مُعْسِرٌ، والضّمانُ في هذا الباب لا يجبُ على المُعْسِرِ. ألا تَرَى أنّه لا يجبُ على المُعْتَقِ إذا كان مُعْسِرًا مع وجودِ الإعتاقِ منه فالعبدُ أولى.

ولنا: ما رَوَيْنا من حَديثِ أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه ورَوَى محمّدُ بنُ الحسَنِ عن أبي

---

(١) في المطبوع: «يحتمل».
(٢) السِّعَاية: عمل العبد وسعيه لتحصيل ما تبقى لعتقه.
(٣) في المخطوط: «بحقه». (٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) انظر في مذهب الحنفية: العناية مع فتح القدير (٤/ ٤٥٩).
(٧) مذهب الشافعية: أنه لا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه في حق كل واحد منهما وتتبعض في العبد الحرية والرق، انظر: نفس المصادر في المسألة السابقة.
(٨) في المخطوط: «وهو».

يوسُفَ عن الحجّاجِ بنِ أرطاةَ عن نافِعٍ عن ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ أَعتَقَ عَبْدًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ يُقَوَّمُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ضَمِنَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشقُوقٍ عَلَيْهِ» [١] فدَلّ أنّ القول بالسِّعايةِ لازِمٌ في الجملةِ، عَرَفَها الشّافعيُّ أو لم يعرِفْها وكذا ما ذَكَرْنا من المعاني.

وبه يتبيّنُ أنّ ضَمانَ السِّعايةِ ليس ضَمانَ إتْلافٍ ولا ضَمانَ تَمَلُّكٍ بل هو ضَمانُ احتِباسٍ وضَمانُ سَلامةِ النّفسِ والرّقَبةِ وحُصولِ المنفَعةِ؛ لأنّ كُلّ ذلك من أسباب الضّمانِ على ما بيّنّا.

وقولُه: لا يجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ، قُلْنا: وقد يجبُ كالمُكاتَب والمُسْتَسْعَى (في حُكمِ المُكاتَب) [٢] عندَه، إلى أنْ يُؤَدّيَ السِّعايةَ إلى الشّريكِ السّاكِتِ إذا اختارَ السِّعايةَ أو إلى المُعْتَقِ إذا ضَمِنَه الشّريكُ السّاكِتُ؛ لأنّه يَسْعَى لتخليصِ رَقَبَتِه عن الرِّقّ كالمُكاتَب، وتَثْبُتُ فيه جميعُ أحْكامِ المُكاتَب من الإرثِ والشّهادةِ والنّكاحِ، فلا يَرِثُ ولا يورَثُ ولا يَشْهَدُ ولا يتزوّجُ إلاّ اثنَتَيْنِ لا يفْتَرِقانِ إلاّ في وجهٍ واحدٍ، وهو أنّ المُكاتَبَ إذا عَجَزَ يُرَدُّ في الرِّقّ والمُسْتَسْعَى لا يُرَدُّ في الرِّقّ إذا عَجَزَ؛ لأنّ الموجِبَ [٣] للسِّعايةِ موجودٌ قبل العجْزِ وبعدَه، وهو ثُبوتُ الحُرّيّةِ في جزءٍ منه؛ ولأنّ رَدّه في الرِّقّ ههنا لا يُفيدُ؛ لأنّا لو رَدَدْناه إلى الرِّقّ، لاحتَجْنا إلى أنْ نَجْبُرَه على السِّعايةِ عليه ثانيًا فلا يُفيدُ الرِّقُّ.

فإنْ قِيلَ: بَدَلُ الكِتابةِ لا يَلْزَمُ العبدَ إلاّ برِضاه والسِّعايةُ تَلْزَمُه من غيرِ رِضاه فأنّى يَسْتَوِيانِ؟

فالجوابُ: أنّه إنّما كان كذلك؛ لأنّ بَدَلَ الكِتابةِ يجبُ بحقيقةِ العقدِ إذِ المُكاتَبةُ مُعاوَضةٌ من وجهٍ، فافْتَقرتْ إلى التّراضي، والسِّعايةُ لا تجبُ بعقدِ الكِتابةِ حقيقةً بل بكِتابةٍ حُكميّةٍ ثابتةٍ بمُقْتَضَى اختيارِ السِّعايةِ، فلا يَقِفُ وجوبُها على الرِّضا؛ لأنّ الرِّضا إنّما شُرِطَ في الكِتابةِ المُبْتَدَأةِ؛ لأنّه يجوزُ أنْ يَرْضَى بها العبدُ، [ويجوزُ] [٤] أنْ لا يَرْضَى بها، ويَخْتارُ البقاءَ على الرِّقّ، فوَقَفَتْ على الرِّضا، وههنا لا سبيلَ إلى استِبْقائه على الرِّقّ شرعًا إذْ لا يجوزُ ذلك فلم يَشْرِطْ رِضاه للُزومِ السِّعايةِ.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «كالمكاتب».
(٣) في المخطوط: «الواجب».
(٤) ليست في المخطوط.

ثُمّ اختلف أصحابُنا فقال أبو حنيفةَ: هذا الخيارُ يَثْبُتُ للشريكِ [٢/ ١٧٥ب] الذي لم يُعْتِقْ سَواءٌ كان المُعْتِقُ مُعْسِرًا أو موسِرًا.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يَثْبُتُ إلاّ إذا كان مُعْسِرًا؛ لأنّ الإعتاقَ لَمّا لم يكنْ مُتَجزِّئًا عندَهما، كان المُعْتَقُ مُتْلِفًا نصيبَ الشّريكِ فوَجَبَ عليه الضّمانُ، ووجوبُ الضّمانِ يمْنَعُ وجوبَ السِّعايةِ فكان يَنْبَغي أنْ لا يجبَ حالَ الإعسارِ أيضًا وأنْ [لا] [1] يكونَ الواجِبُ إلاّ الضّمانَ في الحالَيْنِ جميعًا وهو قولُ بشْرِ بنِ غياثٍ المريسيِّ وهو القياسُ؛ لأنّ ضَمانَ الإتْلافِ لا يختلِفُ بالإعسارِ واليسارِ، إلاّ أنّا عَرَفْنا وجوبَها [شرعًا] [2] (على خلافِ) [3] القياسِ بالنّصِّ الذي رَوَيْنا، والنّصُّ ورَدَ فيها في حالِ الإعسارِ، فحالُ اليسارِ يَقِفُ على أصلِ القياسِ، ولمّا كان مُتَجَزِّئًا عندَه، لم يكنِ الإعتاقُ إتْلافًا لنصيب الشّريكِ حتّى يوجِبَ ضَمانَ الإتْلافِ، لكنْ بقيَ نصيبُه مُحتَسَبًا عندَ العبدِ بحقِّه بحيثُ لا يُمْكِنُ استخلاصُه منه، وهذا يوجِبُ الضّمانَ على ما بيّنّا وهذا المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بين حالِ اليسارِ و[بين حالِ] [4] الإعسارِ فيَثْبُتُ خيارُ السِّعايةِ في الحالَيْنِ، وإذا عَتَقَ بالإعتاقِ أو بالسِّعايةِ [5] أو ببَدَلِ الكِتابةِ، فالولاءُ بينهما؛ لأنّ الولاءَ للمُعْتِقِ والإعتاقُ حَصَلَ منهما.

وَأمّا خيارُ التّضْمينِ حالَ يَسارِ المُعْتِقِ فأمرٌ ثَبَتَ شرعًا غيرُ معقولِ المعنى بالأحاديثِ التي رَوَيْنا؛ لأنّ الإعتاقَ إذا كان مُتَجزِّئًا عندَه، كان المُعْتِقُ مُتصرِّفًا في ملكِ نفسِه على طريقِ الاقْتِصارِ، ومَنْ تَصرّفَ في ملكِ نفسِه لا يُؤاخَذُ بما حَدَثَ في ملكِ غيرِه عندَ تَصرُّفِه، لا بتَصَرُّفِه كمَنْ أحْرَقَ دارَ نفسِه فاحتَرَقَتْ دارُ جارِه، أو سَقَى أرضَ نفسِه فنَزَّتْ أرضُ جارِه، أو حَفَرَ بئْرًا في دارِ نفسِه فوَقَعَ فيها إنسانٌ ونحوُ ذلك، إلاّ أنّ وجوبَ الضّمانِ حالةَ اليسارِ ثَبَتَ بالنُّصوصِ تَعَبُّدًا غيرُ معقولٍ فتَبْقَى حالةُ الإعسارِ على أصلِ القياسِ، أو ثَبَتَ معقولاً بمعنى النّظَرِ للشّريكِ؛ (كيْ لا) [6] يَتْلَفَ مالُه بمُقابَلةِ مالٍ في ذِمّةِ المُفْلِسِ من غيرِ صُنْعٍ من المُعْتِقِ في نصيب شريكِه، فصَلَحَ أنْ يكونَ موجِبًا للضّمانِ ومن غيرِ أنْ يكونَ في مُقابَلَتِه عِوَضٌ فيكونُ ضَمانَ صِلةٍ وتَبَرُّعٍ، كنفقةِ المحارِمِ، وضَمانُ الصِّلةِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بخلاف».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «بالسقاية».
(٦) في المخطوط: «لئلا».

والتَّبرُّعِ إنّما يجبُ حالةَ اليسارِ كما في نفقةِ الأقارِب أو وجَبَ نَظَرًا للعبدِ؛ لأنّه تبرّعَ عليه بإعتاقِ نصفِه فلم يَتمّ غَرَضُه في إيصالِ ثَمَراتِ العتقِ إلى العبدِ، فوَجَبَ عليه الضّمانُ تَتْميمًا لغَرَضِه فيختصُّ وجوبُه بحالةِ اليسارِ، ومن مَشايِخنا مَنْ سَلَكَ طريقةً أُخرى لأبي حنيفةَ في ضَمانِ العتقِ . فقال: هذا ضَمانُ إفسادٍ عندَه؛ لأنّ المُعْتِقَ بإعتاقِه نصيبَه أفْسَدَ نصيبَ شريكِه حيثُ أخرَجَه من أنْ يكونَ مُنْتَفِعًا به في حقِّه، حتّى لا يملِكُ فيه سائرَ التّصرُّفاتِ المُزيلةِ للملكِ عَقيبَ فعلِه، وإنّما يملِكُ الإعتاقَ والسِّعايةَ والحُكمَ مَتى ثَبَتَ عَقيبَ وصفٍ مُؤَثّرٍ يُضافُ إليه، إلاّ أنّه لا يجبُ على المُعْسِرِ نصًّا بخلافِ القياسِ.

ومنهم مَنْ قال: هو ضَمانُ تَمَلُّكٍ؛ (لأنّه بوجوب) [١] الضّمانِ على المُعْتِقِ يصيرُ نصيبُ شريكِه ملكًا له، حتّى كان له أنْ يُعْتِقَ نصيبَه [٢] مَجّانًا بغيرِ عِوَضٍ، وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ، وهذا تَفْسيرُ ضَمانِ التّمَلُّكِ أنْ يكونَ بمُقابَلةِ الضّمانِ ملكُ العِوَضِ، وهذا كذلك؛ ولهذا كان ضَمانُ الغصْب ضَمانَ تَمَلُّكٍ، وضَمانُ التّمَلُّكِ لا يَسْتَدْعي وجودَ الإتْلافِ كضَمانِ الغصْب.

فإنْ قِيلَ: كيْفَ يكونُ ضَمانُ التّمَلُّكِ، والمضْمونُ وهو نصيبُ الشّريكِ لا يحتملُ النّقْلَ من ملكٍ إلى ملكٍ؟ قِيلَ: يُحْتَمَلُ النّقْلُ إلى ملكِ المُعْتِقِ بالضّمانِ إنْ كان لا يحتملُ النّقْلَ إلى ملكِ غيرِه، ويجوزُ بيعُه منه أيضًا في القياسِ، هكذا ذَكَرَ في الأصلِ وقال: إنْ باعَ الذي لم يُعْتِقْ نصيبَه من المُعْتَقِ أو وهَبَه له على عِوَضٍ أخذه منه، وهذا واختيارُه الضّمانَ سَواءٌ في القياسِ، غيرَ أنّ هذا أفْحَشُهما، [والبيعُ: وهو نَقْلُ الملكِ بعِوَضٍ، إلاّ أنّ في الاستِحْسانِ لا يجوزُ بيعُه من المُعْتَقِ كما لا يجوزُ من غيرِه] [٣]، لكنّ [هذا] [٤] لا يَنْفي [٥] جَوازَ النّقْلِ لا على وجه البيعِ، فإنّ الشّيءَ قد يحتملُ النّقْلَ إلى إنسانٍ بالضّمانِ، وإنْ كان لا يحتملُه بجِهةِ البيعِ، فإنّ الخمْرَ تَنْتَقِلُ إلى المسلمِ بالضّمانِ بأنْ أتْلَفَ على ذِمّيٍّ خمرَه.

وإنْ كانت لا تَنْتَقِلُ إليه بالبيعِ، على أنّ قَبول المحَلِّ لانتِقالِ الملكِ فيه بشرطِ حالِ

---

(١) في المخطوط: «لأن وجوب».
(٢) في المخطوط: «بنفسه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يُبْقي».

انعِقادِ السّبَب لا حالِ أداءِ الضّمانِ؛ لأنّه [لا] [١] يملِكُه من ذلك الوقتِ فيُراعَى قَبولُ المحَلِّ في ذلك الوقتِ.

ألا تَرَى أنّ مَنْ غَصبَ من آخرَ عبدًا فهَلَكَ في يَدِه ثُمّ أدّى الضّمانَ أنّه يملِكُه، ومعلومٌ أنّ الهالِكَ لا يقبَلُ الملكَ، لكنْ لَمّا كان قابلاً وقتَ انعِقادِ السّبَب والملكُ يَثْبُتُ من ذلك الوقتِ، يُعْتَبَرُ قَبولُ المحَلِّ فيه، وكذا ههنا.

ثُمّ إذا ضَمِنَ الذي أعتَقَ، فالمُعْتَقُ بالخيارِ إنْ شاء أعتَقَ ما بقيَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى؛ لما ذَكَرْنا في الشّريكِ الذي لم يُعْتِقْ؛ لأنّ نصيبَه انتَقَلَ إليه فقامَ مقامَه وبأيِّ وجهٍ عَتَقَ من الإعتاقِ أو السّعايةِ فوَلاءُ العبدِ كُلُّه له؛ لأنّه عَتَقَ كُلُّه على ملكِه، هذا إذا كان المُعْتِقُ موسِرًا. فأمّا إنْ كان [٢/ ١٧٦أ] مُعْسِرًا، فلِلشّريكِ أربعُ خياراتٍ: إنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى؛ لما ذَكَرْنا.

وأمّا على قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ فيُعْتِقُ كُلّه؛ لأنّ الإعتاقَ عندَهما لا يتجزّأُ فكان إعتاقُ بعضِه إعتاقًا لكُلِّه ولا خيارَ للشّريكِ عندَهما، وإنّما له الضّمانُ لا غيرُ إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا، وإنْ كان مُعْسِرًا فلَه السّعايةُ لا غيرُ؛ لما ذَكَرْنا أنّ المُعْتِقَ صار مُتْلِفًا نصيبَ الشّريكِ فكان يَنْبَغي أنْ يكونَ الواجِبُ هو الضّمانُ في حالةِ اليسارِ والإعسارِ، إلاّ أنّ وجوبَ السّعايةِ حالَ الإعسارِ ثَبَتَ بخلافِ القياسِ بالنّصِّ.

وأمّا على قولِ الشّافعيِّ إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا، عَتَقَ كُلُّه ولِلشّريكِ أنْ يَضْمَنَه لا غيرُ كما قالا وإنْ كان مُعْسِرًا يُعْتِقُ ما أعتَقَ ويَبْقَى الباقي مَحَلاً لجميعِ التّصرُّفاتِ المُزيلةِ للملكِ من البيعِ والهِبةِ وغيرِ ذلك؛ لأنّ الإعتاقَ عندَه لا يتجزّأُ في حالةِ اليسارِ، وفي حالةِ الإعسارِ يتجزّأُ؛ لما [٢] ذَكَرْنا من الدّلائلِ لأبي حنيفةَ، فيقتَصِرُ حُكمُ تَصرُّفِ المُعْتِقِ على نصيبه فيَبْقَى نصيبُه على ما كان من مَشايِخِنا مَنْ قال: لا خلافَ بين أصحابنا في أنّ العتقَ لا يتجزّأُ وإنّما اختلَفوا في الإعتاقِ وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الإعتاقَ لَمّا كان مُتجزّئًا عندَ أبي حنيفةَ، كان العتقُ مُتجزّئًا ضَرورةً إذْ هو حُكمُ الإعتاقِ، والحُكمُ يَثْبُتُ على وفْقِ العِلّةِ، ولمّا لم يكنْ مُتجزّئًا عندَهما لم يكنِ الإعتاقُ مُتجزّئًا أيضًا؛ لما قُلْنا؛ ولأنّ القول بهذا قولٌ بتخصيصِ العِلّةِ؛ لأنّه يوجدُ الإعتاقَ في النّصفِ ويتأخّرُ العتقُ فيه إلى وقتِ الضّمانِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «كما».

أو السِّعايةِ، وأنّه قولٌ بوجودِ العِلّةِ ولا حُكمَ وهو تَفسيرُ تخصيصِ العِلّةِ وأنّه باطِلٌ.

ولنا: أنّ العتقَ وإنْ ثَبَتَ في نصيب المُعْتِقِ على طريقِ الاقْتِصارِ عليه، لكنْ في الإعتاقِ حقُّ اللّه عَزّ وجَلّ وحقُّ العبدِ بالإجماعِ وإنّما اختَلَفوا في الرُّجْحانِ. فالقولُ بالتّمْليكِ إبْطالُ الحقّيْنِ وهذا لا يجوزُ، وكذا فيه إضْرارٌ بالمُعْتِقِ بإهْدارِ تَصَرُّفِه من حيثُ الثّمَرةُ للحالِ، وإضْرارٌ بالعبدِ من حيثُ إلْحاقُ الذُّلِّ به في استعمالِ النّصفِ الحُرِّ والضّرَرُ مَنْفيٌّ شرعًا.

فإنْ قِيلَ: إنْ كان في التّمْليكِ إضْرارٌ بالمُعْتَقِ والمعتق، ففي المنعِ من التّمْليكِ إضْرارٌ بالشّريكِ السّاكِتِ؛ لما فيه من [١] مَنْعِه من التّصَرُّفِ في ملكِه فوَقَعَ التّعارُضُ، فالجوابُ: إنّا لا نَمْنَعُه من [٢] التّمْليكِ أصلاً ورأسًا فإنّ له أنْ يَضْمَنَ المُعْتَقَ ويَسْتَسْعيَ العبدَ ويُكاتِبَه، وفي التّضْمينِ تمليكُه من المُعْتِقِ بالضّمانِ، وفي الاستِسْعاءِ والمُكاتَبةِ إزالةُ الملكِ [٣] إلى عِوَضٍ وهو السِّعايةُ وبَدَلُ الكِتابةِ، فكان فيما قُلْنا رِعايةُ الجانِبينِ فكان أولى. فإنِ اختارَ التّدْبيرَ فدَبّرَ نصيبَه صار نصيبُه مُدَبّرًا عندَ أبي حنيفةَ لأنّ نصيبَه باقٍ على ملكِه؛ فيحتملُ التّخْريجَ إلى العتقِ، والتّدْبيرُ تَخرّجَ إلى العتقِ إلاّ أنّه لا يجوزُ له أنْ يَتْرُكَه على حالِه ليُعْتَقَ بعد الموتِ بل يجبُ عليه السِّعايةُ للحالِ فيُؤدّي فيعتِقُ، لأنّ تَدْبيرَه اختيارٌ منه للسِّعايةِ وله أنْ يعتِقَ لأنّ المُدَبّرَ قابلٌ للإعتاقِ، وليس له أنْ يَضْمَنَ المُعْتَقَ؛ لأنّ التّضْمينَ يقتَضي تَمَلُّكَ [٤] المضْمونِ والمُدَبّرُ لا يحتملُ النّقْلَ من ملكٍ إلى ملكٍ؛ لأنّ تَدْبيرَه اختيارٌ منه للسِّعايةِ، واختيارُ السِّعايةِ يُسْقِطُ ولايةَ التّضْمينِ على ما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وإنِ اختارَ الكِتابةَ، فكاتِبُ نصيبه يصيرُ نصيبُه مُكاتِبًا عندَ أبي حنيفةَ؛ لما ذَكَرْنا [٥]، وكانت مُكاتَبَتُه [٦] اختيارًا منه للسِّعايةِ، حتّى لا يملِكَ تَضْمينَ المُعْتِقِ بعدَ ذلك؛ ولأنّ ملكَ المُكاتَب وهو مُكاتِبٌ لا يحتملُ النّقْلَ [أيضًا] [٧]؛ فتَعَذّرَ التّضْمينُ ويملِكُ إعتاقَه؛ لأنّ الكِتابةَ لا تمنَعُ من الإعتاقِ، ثُمّ مُعْتَقُ البعضِ إذا كوتِبَ فالأمرُ لا يَخْلو إمّا أنْ كاتَبَه على الدّراهمِ والدّنانيرِ، وإمّا أنْ كاتَبَه على العُروضِ، وإمّا أنْ كاتَبَه على الحيَوانِ. فإنْ كاتَبَه على الدّراهمِ والدّنانيرِ فإنْ كانتِ المُكاتَبةُ على قدرِ قيمَتِه جازَتْ؛ لأنّه قد ثَبَتَ له

---

(١) في المخطوط: «عن».
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) في المخطوط: «ملكه».
(٤) في المخطوط: «ملك».
(٥) في المخطوط: «قلنا».
(٦) في المخطوط: «مكاتبة».
(٧) ليست في المخطوط.

اختيارُ السِّعايةِ، فإذا كاتبَه على ذلك فقد اختارَ السِّعايةَ وتَراضَيا عليها، وإنْ كاتبَه على أقَلّ من قيمَتِه يجوزُ أيضًا؛ لأنّه رَضِيَ بإسقاطِ بعضِ حقِّه وله أنْ يَرْضَى بإسقاطِ الكُلِّ، فهذا أولى.

وإنْ كاتبَه على أكثَرَ من قيمَتِه فإنْ كانتِ الزّيادةُ مِمّا [١] يتغابَنُ النّاسُ في مثلِها، جازَتْ أيضًا؛ لأنّها ليستْ زيادةً مُتحقِّقةً [٢] لدُخولِها تحت تقويمِ [أحدِ] [٣] المُقوِّمَيْنِ، وإنْ كانت مِمّا لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِها، [جازَتْ أيضًا؛ لأنّها ليستْ زيادةً مُتحقِّقةً لدُخولِها تحت تقويمِ أحدِ المُقوِّمَيْنِ، وإنْ كانت مِمّا لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِها] [٤]، يَطْرَحُ عنه الفضْلَ؛ لأنّ مُكاتَبَتَه اختيارٌ للسِّعايةِ، والسِّعايةُ من جِنْسِ الدّراهمِ والدّنانيرِ، فلا يجوزُ أخذُ الزّيادةِ على القدرِ المُسْتَحقِّ؛ لأنّه يكونُ رِبًا.

وإنْ كانتِ المُكاتَبَةُ على العُروضِ، جازَتْ بالقليلِ والكثيرِ؛ لأنّ الثّابتَ له [عليه] [٥] وهو السِّعايةُ من جِنْسِ الدّراهمِ والدنانير؛ لأن بيع الدراهم والدنانير بالعُروضِ جائزٌ [٢/١٧٦ب] قَلّتِ العُروض أو كثُرَتْ، وإنْ كانت على الحيَوانِ جازَتْ؛ لأنّ الحيَوانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ عِوَضًا عَمّا ليس بمالٍ؛ ولهذا جاز ابتِداءُ الكِتابةِ على حَيَوانٍ ويجبُ الوسَطُ، كذا هذا. ولو صالَحَ الذي لم يُعْتِقِ العبدَ أو المُعْتِقَ على مالٍ، فهذا لا يَخْلو عن الأقسامِ التي ذَكَرْناها في المُكاتَبَةِ. فإنْ كان الصُّلْحُ على الدّراهمِ والدّنانيرِ على نصفِ قيمَتِه لا شَكّ أنّه جائزٌ، وكذا إذا كان على أقَلّ من (نصفِ قيمَتِه) [٦]؛ لأنّه يَسْتَحِقُّ نصفَ القيمةِ، فإذا رَضِيَ بدونِه فقد أسقَطَ بعضَ حقِّه فيجوزُ، وكذا إنْ كان [على] [٧] أكثَرَ من نصفِ قيمَتِه مِمّا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه؛ لما قُلْنا.

فأمّا إذا كان على أكثَرَ من نصفِ قيمَتِه مِمّا لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه فالفضْلُ باطِلٌ في قولِهم جميعًا، أمّا على أصلِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ فظاهرٌ؛ لأنّ نصفَ القيمةِ قد وجَبَ على العبدِ أو على المُعْتَقِ، والقيمةُ [٨] من الدّراهمِ والدّنانيرِ، فالزّيادةُ على القدرِ المُسْتَحقِّ تكونُ فضْلَ مالٍ لا يُقابلُه عِوَضٌ في عقدِ المُعاوَضةِ؛ فيكونُ رِبًا كمَنْ كان له على آخَرَ ألفُ

---

(١) في المخطوط: «فيما».
(٢) في المخطوط: «مستحقة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «قيمته نصف».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «في التضمين».

درهم فصالَحه على ألفٍ وخمسِمائةٍ، أنّ الصُّلْحَ يكونُ باطِلاً كذا هذا، وهذا على أصلِهما مُطّرِدٌ؛ لأنّ عندَهما أنّ مَنْ أتْلَفَ على آخرَ ما لا مثلَ له، أو غَصَبَ منه ما لا مثلَ له فهَلَكَ في يَدِه؛ فالثّابتُ في ذِمّتِه القيمةُ حتّى لو صالَحَ على أكثرَ من قيمَتِه، لا يجوزُ عندَهما فكذا ضَمانُ العتقِ؛ لأنّه ضَمانُ إتْلافٍ عندَهما .

وأمّا عندَ أبي حنيفةَ فالصُّلْحُ عن المُتْلَفِ أو المغْصوب على أضْعافِ قيمَتِه جائزٌ وههنا نَقولُ: لا يجوزُ فيَحْتاجُ إلى الفرقِ بين المسألَتَيْنِ و[وجه] [١] الفرقُ له من وجوهٍ:

أحدُها: أنّ الواجِبَ بالإتْلافِ والغصْب فيما لا مثلَ له من جِنْسِه في ذِمّةِ المُتْلِفِ، والغاصِبُ هو المُتْلِفُ لا قيمَتُه، فإذا صالَحَ على أكثرَ من قيمةِ المُتْلَفِ والمغْصوب، كان ذلك عِوَضًا عن المُتْلَفِ فجاز، وضَمانُ العتقِ ليس بضَمانِ إتْلافٍ ولا ضَمانَ غَصْبٍ عندَه؛ لثُبوتِ [٢] المُتْلَفِ والمغْصوب في الذِّمّةِ فكان الثّابتُ في الذِّمّةِ هو القيمةُ وهي دراهِمُ ودَنانيرُ فلا يجوزُ الصُّلْحُ على أكثَرَ منها .

والثّاني: أنّ الغاصِبَ إنّما يملِكُ المغْصوبَ عندَ اختيارِ الضّمانِ لا قبله بدَليلِ أنّ له أنْ لا يَضْمَنَه أصلاً ليَهْلِكَ على ملكِه فيُثابُ [٣] على ذلك ويُخاصَمُ الغاصِبُ يومَ القيامةِ فكان المغْصوبُ قبل اختيارِ الضّمانِ على ملكِ المغْصوب منه فكان هذا صُلْحًا عن العبدِ على هذا القدرِ من المالَيْنِ [٤]، فكَأنّه مَلَكَه منه به وأنّه مُحْتَمَلٌ [٥] للملكِ فصَحّ، ومُعْتَقُ البعضِ لا يحتملُ التّمْليكَ مقصودًا فكان الصُّلْحُ عن قيمَتِه فلا يجوزُ؛ لما بيّنّا .

والثّالِث: أنّ الضّمانَ في باب الغصْب يجبُ وقتَ الغصْب؛ لأنّه هو السّبَبُ الموجِبُ للضّمانِ فيَثْبُتُ الملكُ إلى الغاصِب في المغْصوب في ذلك الوقتِ وأنّه في ذلك الوقتِ قابلٌ للتّمْليكِ فيصحُّ [٦] الصُّلْحُ على القليلِ والكثيرِ، والضّمانُ في باب العتقِ يجبُ وقتَ الإعتاقِ والعبدُ في [ذلك] [٧] الوقتِ لا يحتملُ التّمْليكَ مقصودًا، فالصُّلْحُ لا يقعُ عن العبدِ وإنّما يقعُ عن قيمَتِه فلا تجوزُ الزّيادةُ من قيمَتِه وإنْ كان الصُّلْحُ على عَرَضٍ، جاز بالقليلِ والكثيرِ؛ لأنّ ذلك بيعُ العرَضِ بالدّراهِمِ والدّنانيرِ وذلك [٨] جائزٌ كيْفَما كان .

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ليثبت».
(٣) في المخطوط: «ليثاب».
(٤) في المخطوط: «المال».
(٥) في المخطوط: «يحتمل».
(٦) في المخطوط: «فصح».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «أنه».

وإنْ صالَحَه على شيءٍ من الحيَوانِ كالعبدِ والفرَسِ ونحوِهما فإنْ صالَحَ العبدَ، جاز وعليه الوسَطُ وإنْ صالَحَ المُعْتَقَ، لم يَجز؛ لأنّ في الفصلِ الأوّلِ جعل الحيَوانَ بَدَلاً عن العتقِ وأنّه ليس بمالٍ والحيَوانُ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ بَدَلاً عمّا ليس بمالٍ كالإعتاقِ على مالٍ، والكِتابةِ، والنّكاحِ والصُّلحِ عن دَمِ العمْدِ، ولأنّ الصُّلْحَ مع العبدِ في معنى مُكاتَبَتِه وإنْ كاتَبَه على عبدٍ مُطْلَقٍ أو فرَسٍ، يصحُّ ويجبُ الوسَطُ كذا هذا، وأمّا في الفصلِ الثّاني [فإنّما] [(١)] جعل الحيَوانَ بَدَلاً عن القيمةِ وأنّها مالٌ والحيَوانُ لا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ بَدَلاً عن المالِ كالبيعِ ونحوِه .

وَلو كان شريك المُعْتَقِ في العبدِ صَبيًّا أو مجنونًا له أبٌ أو جَدٌّ أو وصيٌّ، فوَليُّه، أو وصيُّه بالخيارِ إنْ شاء ضَمِنَ المُعْتِقَ وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ وإنْ شاء كاتَبَه وليس له أنْ يُعْتِقَ أو يُدَبِّرَ؛ لأنّ التّدْبيرَ إعتاقٌ والصّبيُّ والمجنونُ لا يملِكانِ الإعتاقَ (فلا يملِكُه) [(٢)] مَنْ يَلي عليهما، وإنّما مَلَكَ الأبُ و [(٣)] الوصيُّ الاستِسْعاءَ والتّضْمينَ؛ لأنّ الاستِسْعاءَ مُكاتَبَةٌ والأبُ والوصيُّ يملِكانِ مُكاتَبَةَ عبدِ الصّبيِّ والمجنونِ، والتّضْمينُ فيه نَقْلُ الملكِ إلى المُعْتِقِ فيُشْبه البيعَ وهما يملِكانِ بيعَ مالِ الصّبيِّ والمجنونِ .

وَكذلك لو كان الشّريكُ مُكاتَبًا أو مأذونًا عليه دَيْنٌ، أنّه يتخَيّرُ بين الضّمانِ والسِّعايةِ والمُكاتَبَةِ إلاّ أنّهما لا يملِكانِ الإعتاقَ؛ لانعِدامِ ملكِ الرّقَبةِ .

أمّا ثُبوتُ الخيارِ للمُكاتَب فلا شَكّ فيه؛ لأنّه أخَصُّ بالتّصرُّفِ فيما في يَدِه من المولى . وأمّا المأذونُ والذي عليه دَيْنٌ فكذلك [٢/ ١٧٧أ] ؛ لأنّ المولى لا يملِكُ ما في يَدِه على أصلِ أبي حنيفةَ فيكونُ الخيارُ للعبدِ وعلى أصلِهما إنْ كان يملِكُ، لكنّ العبدَ أخَصُّ بالتّصرُّفِ فيما في يَدِه من المولى فإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ، فالخيارُ للمولى كما في الحُرّيّةِ؛ لأنّه إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ فهو وما في يَدِه ملكُ المولى فكان الخيارُ للمولى، فإنِ اختارَ الشّريكُ السِّعايةَ ففي الصّبيِّ والمجنونِ الولاءُ لهما؛ لأنّهما من أهلِ الولاءِ لكَوْنِهما حُرّيْنِ، وفي المُكاتَب والمأذونِ الولاءُ للمولى؛ لكَوْنِهما رَقيقَينَ [(٤)] والولاءُ لا يَثْبُتُ إلاّ للحُرِّ وإنْ لم يكنْ للصّغيرِ والمجنونِ وليٌّ ولا وصيٌّ . فإنْ كان هناك حاكِمٌ، نصّبَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فكذا».
(٣) في المخطوط: «أو».
(٤) في المخطوط: «قِنّين».

الحاكِمُ مَنْ يَخْتارُ لهما أصلَحَ الأُمورِ من التّضْمينِ والاستِسْعاءِ [١] والمُكاتَبةِ، وإنْ لم يكنْ هناك حاكِمٌ، وقَفَ الأمرُ حتّى يَبْلُغَ الصّبيُّ ويُفيقَ المجنونُ فيَسْتَوْفيانِ حُقوقَهما من الخياراتِ الخمْسِ.

ثُمّ إذا اختلف حُكمُ اليسارِ والإعسارِ في الضّمانِ لا بُدّ من معرفَتِهما، فاليسارُ هو أنْ يملِكَ المُعْتِقُ قدرَ قيمةِ ما بقيَ من العبدِ قَلّتْ أو كثُرَتْ، والإعسارُ هو أنْ لا يملِكَ هذا القدرَ لا ما يتعَلّقُ به حُرْمةُ الصّدَقةِ وحِلُّها، حتّى لو مَلَكَ هذا القدرَ كان للشّريكِ وِلايةُ تَضْمينِه وإلاّ فلا.

إلى هذا وقَعَتِ الإشارةُ فيما رَوَيْنا من حَديثِ أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ كَانَ لَهُ شِقْصٌ فِي مَمْلُوكٍ فَأَعْتَقَهُ فَعَلَيهِ خَلَاصُهُ مِنْ مَالِهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، استَسْعَى العَبْدُ فِي رَقَبَتِهِ غَيرَ مَشْقُوقٍ عَلَيهِ» [٢]. اعتُبرَ مُطْلَقُ المالِ لا النِّصاب، وأشارَ ﷺ إلى أنّ الواجِبَ تخليصُ العبدِ وبهذا القدرِ يَحْصُلُ التّخْليصُ، وبدونِه لا يَحْصُلُ ثُمّ يَسارُ المُعْتِقِ وإعسارُه يُعْتَبَرُ وقتَ الإعتاقِ حتّى لو كان مُعْسِرًا وقتَ الإعتاقِ لا يَضْمَنُ وإنْ أيسَرَ بعدَ ذلك؛ لأنّ ذلك وقتُ وجوب الضّمانِ فيُعْتَبَرُ ذلك الوقتُ كضَمانِ الإتْلافِ والغصْب.

ولو اختَلَفا في اليسارِ والإعسارِ فإنْ كان اختلافُهما حالَ الإعتاقِ، فالقولُ قولُ المُعْتِقِ؛ لأنّ الأصلَ هو الفقْرُ والغِنَى عارِضٌ فكان الظّاهرُ شاهدًا للمُعْتِقِ والبيِّنةُ بيِّنةُ الآخَرِ؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةً.

وإنْ كان الإعتاقُ مُتَقَدِّمًا واختَلَفا فقال المُعْتِقُ: أعتقتُ عامَ الأوّلِ وأنا مُعْسِرٌ ثُمّ أيسَرْتُ، فيُعْتَبَرُ ذلك الوقتُ، وقال الآخَرُ: بل أعتقتَه عامَ الأوّلِ وأنتَ موسِرٌ فالقولُ قولُ المُعْتِقِ وعلى الشّريكِ إقامةُ البيِّنةِ؛ لأنّ حالةَ اعتبارِ اليسارِ والإعسارِ شاهدٌ للمُعْتِقِ فيَحْكُمُ الحالُ، كما إذا اختلف صاحِبُ الرّحَى والطّحّانُ في انقِطاعِ الماءِ وجَرَيانِه، أنّه يَحْكُمُ الحالُ، كذا ههنا.

وَقد قال أبو يوسُفَ في عبدَيْنِ بين رجلَيْنِ قال أحدُهما: أحدكُما حُرٌّ وهو فقيرٌ، ثُمّ

---

(١) في المخطوط: «السعاية».

(٢) سبق تخريجه.

استَغْنَى ثُمّ اختارَ أنْ يوقِعَ العتقَ [١] على أحدِهما، ضَمِنَ نصفَ قيمَتِه يومَ العتقِ، وكذلك لو كان مات قبل أنْ يَخْتارَ وقد استَغْنَى قبل موتِه، ضَمِنَ رُبُعَ قيمةِ كُلِّ واحدٍ منهما إنّما أنْظُرُ إلى حالِه يومَ أوقَعَ بمنزلةِ مَنْ كاتَبَ نصيبَه من العبدِ ثُمّ أدّى العبدُ [٢] [فيعتِقُ.

ثُمّ] [٣] إنّما أنْظُرُ إلى حالِ مولاه يومَ [٤] عَتَقَ المُكاتَبَ ولا أنْظُرُ إلى حالِه يومَ كاتَبَ وهذا على أصلِه صَحيحٌ؛ لأنّ إضافةَ العتقِ إلى المجهولِ تَعليقٌ (لعِتْقِ عبدِه) [٥] بشرطِ الاختيارِ كأنّه عَلّقَه به نصًّا فيُعْتَبَرُ حالُه يومَ الاختيارِ؛ لأنّه يومَ العتقِ كما لو قال لعبدٍ مُشْتَرَكٍ بينه وبين غيرِه: إنْ دخلتَ الدّارَ فأنتَ حُرٌّ، فدخلَ أنّه يَضْمَنُ نصفَ قيمَتِه يومَ دخلَ الدّارَ لا يومَ اليمينِ؛ لأنّ يومَ الدُّخولِ هو يومُ العتقِ.

وأمّا على أصلِ محمّدٍ فإضافةُ العتقِ إلى المجهولِ تَنْجيزٌ، وإنّما الاختيارُ تعيينٌ لمَنْ وقَعَ عليه العتقُ فيُعْتَبَرُ صِفةُ العتقِ في يَسارِه وإعسارِه يومَ التّكلُّمِ بالعتقِ وكذا يُعْتَبَرُ قيمةُ العبدِ في الضّمانِ والسِّعايةِ يومَ الإعتاقِ حتّى لو عُلِمَتْ [٦] قيمَتُه يومَ أعتَقَ ثُمّ ازدادَتْ أو انتَقَصَتْ أو كاتَبَ أمةً فوَلَدَتْ لم يُلْتَفَتْ إلى ذلك ويُضَمِّنُه قيمَتَه يومَ أعتَقَه؛ لأنّه يومُ وجوبِ الضّمانِ فيعتَبَرُ قيمَتَه يومَئِذٍ كما في الغصْبِ والإتْلافِ، وإنْ لم يعلَما ذلك واختَلَفا فجملةُ الكلامِ فيه أنّ العبدَ لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ قائمًا وقتَ الخُصومةِ وإمّا أنْ يكونَ هالِكًا اتّفَقا على حالِ المُعْتِقِ أو اختَلَفا فيها، والأصلُ في هذه الجملةِ أنّ الحالَ إنْ كانت تَشْهَدُ لأحدِهما، فالقولُ قولُه؛ لأنّ الحالَ شاهدٌ صادِقٌ أصلُه مسألةُ الطّاحونةِ وإنْ كانت لا تَشْهَدُ لأحدِهما، فالقولُ قولُ المُعْتِقِ؛ لأنّه مُنْكِرٌ، فإنْ كان العبدُ قائمًا وقتَ الخُصومةِ واتّفَقا على العتقِ في الحالِ واختَلَفا في قيمَتِه بأنْ قال المُعْتِقُ: [قد] [٧] أعتقتُه اليومَ وقيمَتُه كذا، وقال شريكُه: نَعَم أعتقتَه اليومَ إلاّ أنّ قيمَتَه أكثَرُ من ذلك يُرْجَعُ [٨] إلى قيمَتِه للحالِ ولا يُعْتَبَرُ التّحالُفُ والبيِّنةُ [٢/ ١٧٧ب]؛ لأنّ الحالَ أصدَقُ.

وكذا لو اختَلَفا في حالِ العتقِ فقال المُعْتِقُ: أعتقتُه قبل هذا وكانت قيمَتُه كذا، وقال الآخَرُ: أعتقتَه اليومَ وقيمَتُه أكثَرُ، أو قال المُعْتِقُ: أعتقتُه اليومَ وقيمَتُه كذا، وقال الآخَرُ:

---

(١) في المخطوط: «المعتق».
(٢) في المخطوط: «العتق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ثم».
(٥) في المخطوط: «العتق عنده».
(٦) في المخطوط: «غلت».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «رجع».

بل أعتقتَه قبل ذلك و(قيمَتُه كانت) [١] أكثَرُ رَجَعَ إلى قيمَتِه في الحالِ؛ لأنّ الحالَ إذا شَهِدَتْ لأحدِهما فالظّاهرُ (أنّ قيمَتَه) [٢] كانت كذلك وقتَ الإعتاقِ، إذِ الأصلُ دَوامُ الحالِ والتّغيُّرُ خلافُ الأصلِ فكان الظّاهرُ شاهدًا له فأشبَهَ اختلافَ صاحِبِ الطّاحونةِ [٣] مع الطّحّانِ في انقِطاعِ الماءِ وجَرَيانِه أنّه يَحْكُمُ الحالُ فيه، كذا هذا [٤].

وَإنِ اتّفَقا على أنّ العتقَ كان مُتَقَدِّمًا على زَمانِ الخُصومةِ لكنْ قال المُعْتِقُ: قيمَتُه كانت كذا شَهِدْت، وقال الشّريكُ: بل كانت أكثَرَ، فهَهنا لا يُمْكِنُ تَحْكيمُ الحالِ بالرُّجوعِ إلى قيمةِ العبدِ في الحالِ لأنّها تَزيدُ وتَنْقُصُ في المُدّةِ ويكونُ القولُ قولَ المُعْتِقِ؛ لأنّ الشّريكَ يَدّعي عليه زيادةَ ضَمانٍ وهو يُنْكِرُ؛ فكان القولُ قولَه كالمُتْلِفِ والغاصِبِ، وقالوا في الشُّفْعةِ: إذا احتَرَقَ البناءُ واختلف الشّفيعُ والمُشْتَري في قيمَتِه وقيمةِ الأرضِ: إنّ المرجِعَ إلى قيمةِ الأرضِ في الحالِ، والقولُ قولُ المُشْتَري في البناءِ؛ لأنّ الشّفيعَ يُريدُ أنْ يتملّكَ عليه الأرضَ بالشُّفْعةِ فلا يجوزُ أنْ يتملّكَها إلاّ بقولِه، فأمّا المُعْتِقُ فلا يُريدُ أنْ يتملّكَ على شريكِه وإنّما شريكُه يَدّعي عليه زيادةَ ضَمانٍ، وهو يُنْكِرُ، وكذلك إذا كان العبدُ هالِكًا فالقولُ قولُ المُعْتِقِ؛ لما قُلْنا: إنّه مُنْكِرٌ للزّيادةِ، واللّه عزّ وجلّ أعلَمُ.

فَإنْ هَلَكَ العبدُ قبل أنْ يَخْتارَ الشّريكُ الذي لم يُعْتِقْ شيئًا هل له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ إذا كان موسِرًا؟ اختلفتِ الرِّوايةُ فيه عن أبي حنيفةَ رَوَى محمّدٌ عنه وهو رِوايةُ الحسَنِ وإحدَى رِوايتَيْ أبي يوسُفَ، أنّ له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ، ورَوَى أبو يوسُفَ رِوايةً أُخرى عنه أنّه لا ضَمانَ على المُعْتِقِ.

وجه هذه الرِّوايةِ: أنّ تَضْمينَ المُعْتِقِ ثَبَتَ نصًّا بخلافِ القياسِ؛ لما بيّنّا فيما تَقَدّمَ أنّ الشّريكَ بالإعتاقِ تَصَرّفَ في نصيبِ نفسِه (على وجه الاقْتِصارِ) [٥] عليه؛ لبقاءِ نصيبِ الشّريكِ على ملكِه ويَدِه بعدَ الإعتاقِ، إلاّ أنّ وِلايةَ التّضْمينِ ثَبَتَتْ شرعًا بشريطةِ نَقْلِ ملكِ المضْمونِ إلى الضمان [٦]، فإذا هَلَكَ لم [٧] يَبْقَ الملكُ فلا يُتَصَوّرُ نَقْلُه فتَبْقَى وِلايةُ التّضْمينِ على أصلِ القياسِ.

---

(١) في المخطوط: «كانت قيمته».
(٢) في المخطوط: «أنها».
(٣) في المخطوط: «السلمان».
(٤) في المخطوط: «هنا».
(٥) في المخطوط: «بالاقتصار».
(٦) في المخطوط: «الضامن».
(٧) في المخطوط: «لا».

وجه روايةِ محمدٍ: أنّ وِلايةَ التّضْمينِ قد ثَبَتَتْ بالإعتاقِ فلا تَبْطُلُ بموتِ العبدِ، كما إذا ماتَ العبدُ المغْصوبُ في يَدِ الغاصِب . وأمّا قولُه: ملكُ الشّريكِ بهَلاكِ العبدِ خرج عن احتمالِ النّقْلِ . فنقولُ: الضّمانُ يَسْتَنِدُ إلى وقتِ الإعتاقِ فيَسْتَنِدُ ملكُ المضْمونِ إلى ذلك الوقتِ كما في باب الغصْب وهو في ذلك الوقتِ كان مُحْتَمِلاً للنّقْلِ فأمكَنَ إيجابُ الضّمانِ، [وإذا ضَمِنَ المُعْتَقَ يرجعُ المُعْتِقُ بما ضَمّنَه في تَرِكةِ العبدِ إنْ كان له تَرِكةٌ، وإنْ لم يكنْ، فهو دَيْنٌ عليه؛ لما ذَكَرْنا من أصلِ أبي حنيفةَ أنّ نصيبَ الشّريكِ يَبْقَى على ملكِه، وله أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ إنْ كان موسِرًا، وإذا ضَمّنَه مَلَكَ المُعْتِقُ نصيبَه بالسّببِ السّابقِ وهو الإعتاقُ وكان له أنْ يرجعَ بذلك في تَرِكةِ العبدِ كما كان له أنْ يأخُذَ منه لو كان حَيًّا، وإنْ كان مُعْسِرًا فلَه أنْ يرجعَ في تَرِكةِ العبدِ وإنْ لم يَتْرُك شيئًا فلا شيءَ للشّريكِ؛ لأنّ حقّه عليه وهو قد ماتَ مُفْلِسًا] (١) .

هذا إذا ماتَ العبدُ، وَأمّا إذا ماتَ أحدُ الشّريكَيْنِ فإنْ ماتَ المُعْتِقُ فلا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ الإعتاقُ [منه] (٢) في حالِ صحّتِه وإمّا أنْ يكونَ في حالِ مَرَضِه، فإنْ كان في حالِ صحّتِه يُؤْخَذُ نصفُ قيمةِ العبدِ من تَرِكَتِه بلا خلافٍ، وإنْ كان في حالِ مَرَضِه لم يَضْمَنْ شيئًا حتّى لا يُؤْخَذُ من تَرِكَتِه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ .

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: يَسْتَوْفي الشّريكُ من مالِه قيمةَ نصيبِه وهذا مبنيٌّ على الأصلِ الذي ذَكَرْنا أنّ الإعتاقَ لا يتجزّأُ عندَهما، وعندَه يتجزّأُ .

ووَجه البناءِ على هذا الأصلِ: أنّ الإعتاقَ لَمّا لم يكنْ مُتَجَزِّئًا عندَهما، كان ضَمانُ العتقِ ضَمانَ إتْلافٍ، وضَمانُ الإتْلافِ لا يختلِفُ بالصِّحّةِ والمرَضِ، ولمّا كان مُتَجَزِّئًا عندَه كان المُعْتِقُ مُتَصَرِّفًا في ملكِ نفسِه على طريقِ الاقْتِصارِ ومثلُ هذا لا يوجِبُ الضّمانَ في أُصولِ الشّرعِ، ولهذا لو كان مُعْسِرًا لا يجبُ الضّمانُ ولو كان إعتاقُه إتْلافًا أو إفسادًا لنصيبِ شريكِه معنًى لَوَجَبَ الضّمانُ؛ لأنّ ضَمانَ الإتْلافِ لا يختلِفُ باليسارِ والإعسارِ، إلاّ أنّا عَرَفْنا وجوبَ الضّمانِ بالنّصِّ، وأنّه ورَدَ في حالِ اليسارِ المُطْلَقِ وذلك في حالةِ الصِّحّةِ؛ لأنّها حالُ خُلوصِ أموالِه، وفي مَرَضِ الموتِ يتعَلّقُ بها حقُّ الورَثةِ حتّى لا يصحّ إقرارُه للوَرَثةِ أصلاً ولا يصحُّ تبَرُّعُه على الأجنبيِّ إلاّ من الثُّلُثِ ولا تَصحُّ كفالَتُه ولا إعتاقُه إلاّ من

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

الثُّلُثِ فلم يكنِ حالُ المرَضُ حالَ يَسارِ مُطْلَقٍ ولا ملكِ [مطلقٍ] (١)، فبقيَ الأمرُ فيها على أصلِ القياسِ؛ ولأنّ ضَمانَ العتقِ ضَمانُ صِلةٍ وتبَرُّعٍ لوجوبه من غيرِ صُنْعٍ من جِهةِ المُعْتِقِ في نصيب الشّريكِ.

ألاّ تَرَى أنّه لا يجبُ على المُعْسِرِ، والصِّلاتُ إذا لم تَكُنْ مقبوضةً تَسْقُطُ بالموتِ كنفقةِ الأقارِب والزّكاةِ وغيرِ ذلك.

وإلى هذا أشارَ محمّدٌ لأبي حنيفةَ أنّه لو وجَبَ الضّمانُ على المريضِ ويُؤْخَذُ من تَرِكَتِه يكونُ هذا من مالِ [٢/ ١٧٨أ] الوارِثِ، والمعنى فيه أنّ الشّرعَ جعل الثُّلُثَ للمَريضِ في حالِ مَرَضِ موتِه والثُّلُثَيْنِ للوَرَثةِ.

قال النّبيُّ ﷺ: «إنَّ اللّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيكُمْ بِثُلُثِ أَمْوالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً عَلَى أَعْمَالِكُمْ» (٢) وهكذا نَقولُ في حالةِ الصِّحّةِ: إنّه يجبُ صِلةً، ثُمّ [قد] (٣) يَنْقَلِبُ مُعاوَضةً في حالةِ البقاءِ فإنّه يَثْبُتُ به الملكُ في المضْمونِ في حقِّ الإعتاقِ والاستِسْعاءِ، كالهِبةِ بشرطِ العِوَضِ أنّه يَنْعقِدُ صِلةً ثُمّ يَنْقَلِبُ مُعاوَضةً وكذا الكفالةُ تَنْعَقِدُ تبَرُّعًا حتّى لا تَصحّ إلاّ مِمّنْ هو [من] (٤) أهلَ التّبَرُّعِ، ثُمّ تَنْقَلِبُ مُعاوَضةً وإنّما انقَلَبَتْ مُعاوَضةً؛ لأنّه يوجِبُ الملكَ في رَقَبةِ العبد مُجازاةً لصِلَتِه أو تَحَمُّلاً عن العبدِ؛ لأنّ الضّمانَ عليه في الحقيقةِ لحُصولِ النّفعِ له ثُمّ له حقُّ الرُّجوعِ في ماليّةِ العبدِ بالسِّعايةِ، كما في الكفالةِ أنّ الكفيلَ يكونُ مُتَبَرِّعًا في التّحَمُّلِ عن المكفولِ عنه، ثُمّ إذا صَحّ تَحَمُّلُه ومَلَكَ ما في ذِمّتِه بالأداءِ إلى المكفولِ له انقَلَبَتْ مُعاوَضةً.

ألا تَرَى أنّ مَنْ قال في حالِ الصِّحّةِ: ما كان لَك على فُلانٍ فهو عَلَيّ، ثُمّ كان له على فُلانٍ في مَرَضِه فأُخِذَ ذلك من المريضِ، فإنّه يُعْتَبَرُ من جميعِ المالِ لا من الثُّلُثِ ويُؤْخَذُ من تَرِكَتِه، ولو وُجِدَ ابتِداءُ الكفالةِ في المرَضِ يكونُ المُؤَدّى مُعْتَبَرًا من الثُّلُثِ؛ فدَلّ على

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) حسن: رواه ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب: الوصية بالثلث، حديث (٢٧٠٩) عن أبي هريرة. وأخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٠)، حديث (٣)، والطبراني في الكبير (٢٠/ ٥٤)، حديث (٩٤)، عن معاذ ابن جبل، وانظر: الدراية (٢/ ٢٨٩)، حديث (١٠٥٣)، والتلخيص الحبير (٣/ ٩١)، حديث (١٣٦٣)، ونصب الراية (٤/ ٣٩٩)، والإرواء (١٦٤١).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

التّفرقةِ بين الفصلَيْنِ.

وإنْ مات الشّريكُ الذي لم يُعْتِقْ ثَبَتَ الخيارُ لوَرَثَتِه فإنِ اجتَمَعوا على شيءٍ من الإعتاقِ أو التّضْمينِ أو الاستِسْعاءِ وغيرِ ذلك فلَهم ذلك بلا خلافٍ؛ لأنّهم يَخْلُفونَ الميِّتَ ويقومونَ مقامَه، وكان للمورِّثِ ذلك قبل موتِه فكذا لهم، وإنِ انفَرَدوا فأرادَ بعضُهم الإعتاقَ وبعضُهم التّضْمينَ وبعضهم السعاية (ذَكَرَ في الأصلِ أنّ لهم ذلك) [(١)]، وقال الحسَنُ [بنُ زيادٍ] [(٢)]: إنّه ليس لهم ذلك إلاّ أنْ يُعْتِقوا أو يُسْتَسْعَوْا أو يُضَمِّنوا، والظّاهرُ أنّه رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإعتاقَ (عندَ الحسَنِ) [(٣)] لا يتجزّأُ، كما لا يتجزّأُ عند أبي يوسُفَ ومحمّدٍ؛ فلا يصحُّ هذا التّفريعُ على مذهبه، وجه ما ذَكَرَ في الأصلِ أنّ نصيبَ الشّريكِ قد بقيَ على ملكِه عندَ أبي حنيفةَ لتَجزئ الإعتاقِ عندَه، وقد انتَقَلَ نصيبُه إلى الورَثةِ بموتِه فصاروا كالشُّركاءِ في الأصلِ في العبدِ أعتَقَ أحدُهم نصيبَه، أنّ للباقينَ أنْ يَخْتارَ كُلُّ واحدٍ منهم ما يَشاءُ، كذا هذا.

وجه رِوايةِ الحسَنِ: أنّ الورَثةَ انتَقَلَ إليهم ما كان للمَيِّتِ، وما كان له أنْ يَخْتارَ الضّمانَ في البعضِ والسِّعايةَ في البعضِ، فكذا لهم؛ ولأنّ المُسْتَسْعَى بمنزلةِ المُكاتَب عندَ أبي حنيفةَ ومَنْ كاتَبَ عبدَه ثُمّ مات، ليس لوَرَثَتِه أنْ يَنْفَرِدوا بأنْ يَخْتارَ بعضُهم الإعتاقَ وبعضُهم التّضْمينَ وبعضُهم الاستِسْعاءَ، بل ليس لهم إلاّ أنْ يَجْتَمِعوا على شيءٍ واحدٍ إمّا العتقُ، وإمّا الضّمانُ كذا هذا.

ثُمّ على رِوايةِ الحسَنِ لو أعتَقَ بعضُهم، كان إعتاقُه باطِلاً ما لم يَجْتَمِعوا على الإعتاقِ؛ لأنّ المُسْتَسْعَى كالمُكاتَب على أصلِ أبي حنيفةَ، ولو مات المولى فأعتَقَ بعضُ الورَثةِ المُكاتَبَ، كان إعتاقُه باطِلاً ما لم يَجْتَمِعوا عليه كذا هذا، فإذا اجتَمَعوا على عِتْقِه يُعْتَقُ بلا خلافٍ والولاءُ يكونُ للمَيِّتِ حتّى يَنْتَقِلَ إلى الذُّكورِ من ورَثَتِه دونَ الإناثِ وهو فائدةُ كونِه للميِّتِ؛ لأنّ من أصلِ أبي حنيفةَ أنّ المُعْتَقَ بعضُه في معنى المُكاتَب، والمُكاتَبُ لا يَنْتَقِلُ [الملك] [(٤)] فيه بالإرثِ فكان ولاؤُه للمَيِّتِ كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «فكذلك لهم في رواية محمد في الأصل».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عنده».

(٤) زيادة من المخطوط.

وَإذا كان المُعْتِقُ موسِرًا يومَ أعتَقَه فاختارَ الشّريكُ تَضْمينَه ثُمّ أرادَ أنْ يرجعَ عن ذلك ويَخْتارَ السِّعايةَ، ذَكَرَ في الأصلِ أنّه ليس له ذلك ولم يَفْصِلْ بين ما إذا رَضِيَ المُعْتِقُ بالضّمانِ أو حَكَمَ به الحاكِمُ، أو لم يَرْضَ به المُعْتِقُ ولا حَكَمَ به الحاكِمُ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّ له ذلك ما لم يقبَلِ المُعْتِقُ منه التّضمينَ، أو يَحْكُم به الحاكِمُ فإنْ قَبلَ أو حَكَمَ به الحاكِمُ فليس له ذلك، من المشايخِ مَنْ لم يَجْعَلْ في المسألةِ اختلافَ الرِّوايةِ، و[جعل] [1] ما ذَكَرَه ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ من التّفصيلِ تَفْسيرًا لما ذَكَرَه في ظاهرِ الرِّوايةِ، وإليه ذَهَبَ الجصّاصُ وقال: أرادَ بما ذَكَرَ في الكِتاب إذا قضَى به القاضي أو رَضِيَ به الشّريكُ.

وحَكَى عن الكَرْخيِّ والجصّاصِ: أنّهما جَعَلا مسألةَ الغاصِب وغاصِب الغاصِب على هذا أنّه إذا اختارَ المغْصوبُ منه تَضْمينَ أحدِهما، ثُمّ بَدا له واختارَ تَضْمينَ الآخَرِ فلَه ذلك إلاّ أنْ يَرْضَى به المُضَمَّنُ أو يقضي به القاضي، ومنهم مَنْ جعل في المسألةِ روايتَيْنِ.

وجه ما ذُكرَ في الأصلِ: أنّ له خيارَ التّضْمينِ وخيارَ السِّعايةِ، والمُخَيّرُ بين شيئَيْنِ إذا اختارَ أحدَهما سَقَطَ حقُّه من [2] الآخَرِ فكان اختيارُه للتّضْمينِ إبْراءً للعبدِ عن السِّعايةِ، ولهذا لو اختارَ السِّعايةَ لم يكنْ له أنْ يَخْتارَ الضّمانَ وكانت [نفسُ] [3] اختيارِ السِّعايةِ إبْراءً له عن الضّمانِ من غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا كذا إذا اختارَ الضّمانَ.

وجه روايةِ [٢/١٧٨ب] ابنِ سِماعة: أنّ اختيارَ الشّريكَيْنِ [4] تَضْمينَ المُعْتِقِ إيجابُ الملكِ له في المضْمونِ بعِوَضٍ وهو الضّمانُ وذلك لا يَتمُّ إلاّ بالرِّضا أو بالقضاءِ فما لم يوجدْ أحدُهما لا يَتمُّ له الاختيارُ، وكان له الرُّجوعُ عنه إلى السِّعايةُ، بخلافِ ما إذا اختارَ الشّريكُ السِّعايةَ، أنّه لا يكونُ له خيارُ التّضْمينِ بعدَ ذلك رَضِيَ بذلك العبدُ أو لم يَرْضَ؛ لأنّ اختيارَ السِّعايةِ على العبدِ ليس فيه إيجابُ الملكِ للعبدِ بعِوَضٍ حتّى يَقِفَ ذلك على رِضاه فلا يَقِفُ عليه، فإنْ أعتَقَ أحدُهما نصيبَ صاحِبه، لم يُعْتَق منه شيءٌ.

أمّا على أصلِ أبي حنيفةَ فظاهرٌ؛ لأنّ العتقَ عنده يتجَزّأُ فيقتَصِرُ العتقُ على نصيب المُعْتِقِ، فإذا صادَفَ ملكَ غيرِه لم يَنْفُذْ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الشريك».

وأمّا على أصلِهما فالعتقُ وإنْ كان لا يتجزّأُ لكنْ لا بُدّ من ثُبوتِ العتقِ في نصيبه، ثُمّ يَسْري إلى نصيب شريكِه فإذا أضافَ الإعتاقَ إلى نصيب شريكِه، لم يَثْبُتِ العتقُ في نصيب نفسِه فلا يتعدّى إلى نصيب الشّريكِ، وَإنْ كان المُعْتَقُ جاريةً حامِلاً لا يَضْمَنُ المُعْتِقُ من قيمةِ الولدِ شيئًا؛ لأنّ الحمْلَ بمنزلةِ طرَفٍ من أطْرافِها والأطْرافُ بمنزلةِ الأوصافِ، والأوصافُ لا تُفْرَدُ بالضّمانِ إلاّ بعدَ وجودِ سببِ وجوبِ الضّمانِ فيها مقصودًا؛ لأنّ الحمْلَ في الآدميّةِ نُقْصانٌ فكيف يَلْزَمُه بنُقصانِ المُتْلِفِ زيادةَ ضَمانٍ؟ وكذلك كُلُّ حَمْلٍ يُعْتَقُ أُمُّه إذا كان المُعْتِقُ مالِكهما كما في الرّهْنِ، [وإنْ لم يكنْ مالِكًا للوَلَدِ] [1] كما في الجاريةِ الموصَى برَقَبَتِها لرجلٍ وبحَمْلِها لآخَرَ، فأعتَقَ صاحِبُ الرّقَبةِ الأمّ يُعْتَقُ الحمْلُ ويَضْمَنُ قيمَتَه لصاحِبه؛ لأنّ الولدَ انفرَدَ عن الأُمّ في [2] الملكِ فجاز أنْ يَنْفرِدَ بالضّمانِ.

وَإنْ كان العبدُ بين جَماعةٍ فأعتَقَ أحدُهما نصيبَه فاختارَ بعضُ الشُّرَكاءِ الضّمانَ وبعضُهم السِّعايةَ وبعضُهم العتقَ فذلك لهم، ولِكُلِّ واحدٍ منهم ما اختارَ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ إعتاقَ نصيبه أوجَبَ لكُلِّ واحدٍ منهم الخياراتِ ونصيبُ كُلِّ واحدٍ [منهم] [3] لا يتعلّقُ بنصيب الآخَرِ، فكان لكُلِّ واحدٍ منهم ما اختارَ.

وعلى هذا الأصلِ قال أبو حنيفةَ في عبدٍ بين ثلاثةٍ أعتَقَ أحدُهم نصيبَه، ثُمّ أعتَقَ الآخَرُ بعدَه، فلِلثّالِثِ أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ الأوّلَ إنْ كان موسِرًا وإنْ شاء أعتَقَ أو دبّرَ أو كاتَبَ أو استَسْعَى؛ لأنّ نصيبَه [بقيَ] [4] على ملكِه فثَبَتَ له الخياراتُ للتّخْريجِ إلى الإعتاقِ، وليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ الثّانيَ وإنْ كان موسِرًا؛ لأنّ تَضْمينَ الأوّلِ ثَبَتَ على مُخالَفةِ القياسِ؛ لَما ذَكَرْنا أنّه لا صُنْعَ للمُعْتَقِ في نصيب الشّريكِ بإتْلافِ نصيبه، وإنّما عَرَفْناه بالنّصِّ نَظَرًا للشّريكِ وأنّه يَحْصُلُ بتَضْمينِ الأوّلِ؛ ولأنّ ضَمانَ العتقِ ضَمانُ مُعاوَضةٍ في الأصلِ، فإذا أعتَقَ الأوّلُ فقد ثَبَتَ للشّريكِ حقُّ نَقْلِ ملكِ [5] المضمونِ إليه باختيارِ الضّمانِ، وتَعَلّقَ بذلك النّقْلِ حقُّ الولاءِ، والولاءُ لا يَلْحقُه الفسخُ فلا يملِكُ نَقْلَ حقِّ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المطبوع: «الملك».

التّضْمينِ إلى غيرِه، فإنِ اختارَ تَضْمينَ الأوّلِ فللأول [١] أنْ يعتِقَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى؛ لأنّه قامَ مقامَ المُضَمِّنِ وليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ الثّانيَ؛ لأنّ الأوّلَ لم يكنْ له أنْ يَضْمَنَه فكذا مَنْ قامَ مقامَه.

وأمّا على أصلِهما: فلَمّا أعتَقَ الأوّلُ، أُعْتِقَ [٢] جميعُ العبدِ فلم يصحّ إعتاقُ الثّاني وليس للثّاني والثّالِثِ إلاّ التّضْمينُ إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا والسِّعايةُ إنْ كان مُعْسِرًا، وعلى هذا مَنْ كان له عبدٌ فأعتَقَ نصفَه فعلى قولِ أبي حنيفةَ: يُعْتِقُ نصفَه ويَبْقَى الباقي رَقيقًا، يجبُ تخريجُه إلى العتاقِ فإنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى، وإذا أدّى السِّعايةَ أو بَدَلَ الكِتابةِ يُعْتِقُ كُلّه وليس له أنْ يَتْرُكَه على حالِه.

وعلى قولِهما: يُعْتَقُ كُلُّه سَواءٌ كان المُعْتِقُ موسِرًا أو مُعْسِرًا من غيرِ سِعايةٍ، وكذا إذا أعتَقَ جزءًا من عبدِه أو شِقْصًا منه، يمْضي منه ما شاء ويَبْقَى الباقي رَقيقًا يَخْرُجُ إلى العتاقِ بالخياراتِ التي وصَفْنا في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإعتاقَ عندَه مُتَجَزِّئٌ، إلاّ أنّ ههنا أضافَ العتقَ إلى مجهولٍ فيرجعُ في البيانِ إليه، كما لو قال: أحدُ عَبيدي حُرٌّ، وقيلَ: [يَنْبَغي] [٣] في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ في السّهْمِ أنْ يُعْتَقَ منه سُدُسُه؛ لأنّ السّهْمَ عِبارةٌ عن السُّدُسِ في عُرْفِ الشّرعِ؛ لما رُوِيَ عن [عبد الله] [٤] بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّ رجلاً أوصَى في زمنِ النّبيِّ ﷺ بسَهْمٍ من مالِه لرجلٍ فأعطاه النّبيُّ ﷺ سُدُسَ مالِه [٥].

وعن جَماعةٍ من أهلِ اللِّسانِ أنّ السّهْمَ عِبارةٌ عن السُّدُسِ في اللُّغةِ، وعندَهما يُعْتَقُ كُلُّه؛ لأنّ العتقَ لا يتجزّأُ.

عبدٌ بين رجلَيْنِ دَبّرَه أحدُهما صار نصيبُه مُدَبّرًا، ثُمّ إنْ كان المُدَبِّرُ موسِرًا، فلِلشّريكِ [ست] [٦] خياراتٌ: إنْ شاء أعتَقَ، وإنْ شاء دَبّرَ، وإنْ شاء كاتَبَ، وإنْ شاء ضَمّنَ، وإنْ

---

(١) في المطبوع: «فالأولى».
(٢) في المخطوط: «عتق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) رواه البزار في مسنده (٥/ ٤١٥)، حديث (٢٠٤٧)، والطبراني في الأوسط (٨/ ١٨٢)، حديث (٨٣٣٨)، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢١٣)، عن حديث البزار: فيه محمد بن عبيد الله العرزمي، وقال عن حديث الطبراني: فيه أيضًا محمد بن عبيد الله العرزمي وهو ضعيف، وانظر: الدراية (٢/ ٢٩١)، نصب الراية (٤/ ٤٠٧).
(٦) زيادة من المخطوط.

شاء استَسْعَى، وإنْ شاء تركه على حالِه [وإنْ كان مُعْسِرًا فلِشريكِه خمسُ خياراتٍ: إنْ شاء أعتَقَ، وإنْ شاء دبّرَ، وإنْ شاء كاتَبَ، وإنْ شاء استَسْعَى، وإنْ شاء تركه على حالِه] [(١)] وليس له [٢/ ١٧٩أ] أنْ يُضَمِّنَ وهذا قولُ أبي حنيفةَ؛ لأنّ التّدْبيرَ عندَه مُتَجَزِّئٌ كالإعتاقِ، فيَثْبُتُ له الخياراتُ أمّا خيارُ العتق [(٢)] والتّدْبيرِ والمُكاتَبةِ والسِّعايةِ؛ فلأنّ تضمينه بقيَ على ملكِه في حقِّ التّخْريجِ إلى العتاق [(٣)].

وأمّا خيارُ التّضْمينِ؛ فلأنّه بالتّدْبيرِ أخرجَه من أنْ يكونَ مَحلاًّ للتّمْليكِ مُطْلَقًا بالبيعِ والهِبةِ والرّهْنِ ونحوِ ذلك، فقد أتْلَفَه في حقِّ هذه التّصَرُّفاتِ فكان للشّريكِ وِلايةُ التّضْمينِ.

وأمّا خيارُ التّرْكِ على حالِه؛ فلأنّ الحُرّيّةَ لم تَثْبُتْ في جزءٍ منه فجاز بقاؤه [(٤)] على الرِّقِّ، وإنّه مُفيدٌ؛ لأنّ له أنْ يَنْتَفِعَ به مَنْفَعةَ الاستخدام فلا يُكَلَّفُ تخريجَه إلى الحُرّيّةِ ما لم يمُتِ المُدَبِّرُ، فإنِ اختارَ تَضْمينَ المُدَبِّرِ فللمُدَبِّرِ أنْ يرجعَ بما ضُمِّنَ على العبدِ؛ لأنّ الشّريكَ كان له أنْ يَسْتَسْعيَه فلَمّا ضَمّنَ شريكَه، قامَ مقامَه فيما كان له فإذا أدّى عَتَقَ والولاءُ كُلُّه للمُدَبِّرِ؛ لأنّ كُلّه عَتَقَ على ملكِه؛ لانتِقالِ نصيب شريكِه إليه، وإنِ اختارَ الاستِسْعاءَ أو الإعتاقَ كان الولاءُ بينهما؛ لأنّ نصيبَ كُلِّ واحدٍ منهما عَتَقَ على ملكِه، وأمّا إذا كان مُعْسِرًا فلا حقّ له في الضّمانِ؛ لأنّ ضَمانَ التّدْبيرِ لا يجبُ مع الإعسارِ كما لا يجبُ ضَمانُ الإعتاقِ فبقيَ أربعُ خياراتٍ.

وأمّا على قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ صار كُلُّه مُدَبّرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ على أصلِهما لا يتجَزّأُ كالإعتاقِ المُعَجّلِ، وليس للشّريكِ إلاّ التّضْمينُ موسِرًا كان المُدَبّرُ أو مُعْسِرًا على [(٥)] الرِّوايةِ المشْهورةِ عنهما؛ لأنّ ضَمانَ النّقْلِ والتّمْليكِ لا يختلِفُ باليسارِ والإعسارِ كالبيعِ.

وَلو كان العبدُ بين ثلاثةِ رَهْطٍ دبّرَه أحدُهم وهو موسِرٌ ثُمّ أعتقَه الثّاني وهو موسِرٌ، فلِلشّريكِ الثّالِثِ أنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قيمَتِه ويرجعُ به المُدَبِّرُ على العبدِ، وليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتَقَ، وللمُدَبِّرِ أنْ يُضَمِّنَ المُعْتَقَ ثُلُثَ قيمَتِه مُدَبّرًا، وليس له أنْ يُضَمِّنَه ما انتَقَلَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الإعتاق».
(٣) في المخطوط: «الإعتاق».
(٤) في المخطوط: «إبقاؤه».
(٥) في المخطوط: «في».

إليه من نصيب الثّالِثِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: العبدُ كُلُّه مُدبّرٌ للّذي دبّرَه ويُضمِّنُ ثُلُثَيْ قيمَتِه لشريكِه موسِرًا كان أو مُعْسِرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ لَمّا كان مُتجزِّئًا عندَ أبي حنيفةَ فلَمّا دبّرَه أحدُهم فقد ثَبَتَ لكُلِّ واحدٍ [من الشّريكَيْنِ] [١] سِتُّ خياراتٍ، فلَمّا أعتقَه الثّاني فقد استَوْفَى ما كان له فلم تَبْقَ له وِلايةُ تَضمينِ المُدَبّرِ ولِلسّاكِتِ أنْ يُضَمِّنَه؛ لأنّه أتْلَفَ عليه نصيبَه فكان له وِلايةُ التّضْمينِ، وليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتَقَ؛ لأنّ ضَمانَ المُعْتَقِ ضَمانُ مُعاوَضةٍ في الأصلِ، وهو ضَمانُ التّملُّكِ، وهو أنْ يكونَ بمُقابَلةِ الضّمانِ ملكُ المضْمونِ كضَمانِ الغاصِبِ.

ولو ضَمِنَ المُعْتَقَ لا يملِكُ المُعْتِقُ المضْمونَ؛ لأنّ التّدْبيرَ انعَقَدَ سببًا لوجوبِ الضّمانِ على المُدَبّرِ وأنّه يوجِبُ ملكَ المضْمونِ، فصار ذلك النّصيبُ بحالٍ لا يحتملُ النّقْلَ إلى غيرِ المُدَبّرِ فتَعَذّرَ تَضْمينُ المُعْتِقِ؛ ولأنّ المُدَبّرَ بالتّدْبيرِ قد ثَبَتَ له حقُّ الولاءِ، والولاءُ لا يَلْحقُه الفسخُ فلا يجوزُ أنْ يَنْقُلَه إلى الغيرِ، وَللمُدَبِّرِ أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ؛ لأنّه بالإعتاقِ أتْلَفَ نصيبَه بإخراجِه من أنْ يكونَ مُنْتَفَعًا به مَنْفَعةَ الاستخدامِ، فيَضْمَنُ له قيمةَ نصيبه لكنْ مُدَبّرًا؛ لأنّ المُتْلَفَ مُدبّرٌ، ويرجعُ به المُدَبِّرُ على [٢] العبدِ؛ لأنّ نصيبَ السّاكِتِ انتقَلَ إليه فقامَ هو مقامَه وكان له أنْ يَسْتَسْعيَ العبدَ، فكذا للمُدَبِّرِ [٣]؛ ولأنّ الحُرّيّةَ لم تَثْبُتْ في جزءٍ منه فجاز إبْقاؤُه على الرِّقِّ، ولم يُمْكِنْ أنْ يَجْعَلَ هذا ضَمانَ مُعاوَضةٍ؛ لأنّ نصيبَه مُدبّرٌ، والمُدَبّرُ لا يحتملُ النّقْلَ إلى ملكِ الغيرِ فجُعِلَ ضَمانُ جِنايةٍ بطريقِ الضّرورةِ، وإنْ شاء المُدَبّرُ أعتَقَ نصيبَه الذي دبّرَه؛ لأنّ بإعتاقِ شريكِه لم يَزُلْ ملكُه، وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ كما في عِتْقِ أحدِ الشّريكَيْنِ فإنِ اختارَ الضّمانَ، كان للمُعْتِقِ أنْ يَسْتَسْعيَ العبدَ؛ لأنّ المُدَبّرَ أقامَه مقامَ نفسِه فكان له أنْ يَسْتَسْعيَه فكذا له، وليس له أنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ قيمةَ الثُّلُثِ الذي انتقَلَ إليه من الثّالِثِ؛ لأنّ المُدَبّرَ إنّما مَلَكَ ذلك الثُّلُثَ عندَ القضاءِ بالضّمانِ مُسْتَنِدًا إلى وقتِ التّدْبيرِ، والمُسْتَنِدُ قبل ثُبوتِه في المحَلِّ يكونُ ثابتًا من وجهٍ دونَ وجهٍ فلا يَظْهَرُ ملكُه في حقِّ المُعْتِقِ فلا يَضْمَنُ المُعْتِقُ له ذلك.

وأمّا عندَهما: فالتّدْبيرُ لَمّا لم يكنْ مُتَجَزِّئًا صار الكُلُّ مُدبّرًا ويَضْمَنُ ثُلُثَيْ قيمَتِه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إلى».
(٣) في المخطوط: «المدبر».

للشّريكَيْنِ لإتْلافِ نصيبهما عليهما [١]، سَواءٌ كان موسِرًا أو مُعْسِرًا لا تجبُ السِّعايةُ هُنا بخلافِ الإعتاقِ؛ لأنّ بالإعتاقِ يَزولُ ملكُه فيَسْعَى وهو حُرٌّ وههنا بالتّدْبيرِ لا يَزولُ ملكُه بل يصيرُ العبدُ كُلُّه مُدَبّرًا له، وكَسْبُ المُدَبّرِ للمولى فتَعَذّرَ الاستِسْعاءُ.

وَعلى هذا إذا شَهِدَ أحدُ الشّريكَيْنِ على الآخَرِ بالإعتاقِ بأنْ كان العبدُ بين رجلَيْنِ وشَهِدَ أحدُهما على صاحِبه أنّه أعتقَه وأنكَرَ صاحِبُه لا تُقْبَلُ شهادَتُه على صاحِبه ويجوزُ إقرارُه على نفسِه ولم يَجز على صاحِبه، ولا يُعْتَقُ نصيبُ الشّاهدِ ولا يَضْمَنُ لصاحِبه ويَسْعَى العبدُ في قيمَتِه بينهما موسِرَيْنِ كانا أو مُعْسِرَيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما: إنْ كان المشْهودُ عليه موسِرًا فلا سِعايةَ للشّاهدِ على العبدِ، وإنْ كان مُعْسِرًا فلَه السِّعايةُ عليه.

أمّا عَدَمُ قَبولِ شهادَتِه؛ فلأنّ شهادةَ الفردِ في هذا الباب غيرُ مقبولةٍ، ولو كانا اثنَيْنِ [لَكان] [٢] لا تُقْبَلُ شهادَتُهما أيضًا؛ لأنّهما بشهادَتِهما يَجُرّانِ المغْنَمَ إلى أنْفُسِهما؛ لأنّهما يُثْبتانِ به حقّ التّضْمينِ لأنفُسِهما، ولا شهادةَ لجارِ المغْنَمِ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ إلاّ أنّه بشهادَتِه على صاحِبه [٣] صار مُقِرًّا بفَسادِ نصيبه [٤] بإقرارِه على صاحِبه بإعتاقِ نصيبه، فشهادَتُه على صاحِبه وإقرارُه عليه إنْ لم يَجز فإقرارُه بفَسادِ نصيب نفسِه جائزٌ؛ لأنّ الإنسانَ يُصَدّقُ بإقرارِه [٥] على نفسِه خُصوصًا فيما يتضَرّرُ به، ولا يُعْتَقُ نصيبُ الشّريكِ الشّاهدِ؛ لأنّه لم [٦] يوجدْ منه الإقرارُ بعِتْقِ نصيبه بل بفَسادِ نصيبه وإنّما أقَرّ بالعتقِ في نصيب شريكِه، إلاّ أنّ إقرارَه بالعتقِ في نصيب شريكِه في حقِّ شريكِه لم يَنْفُذْ، فيَنْفُذُ إقرارُه بالعتقِ في نصيب شريكِه في حقِّه ولا يَضْمَنُ الشّاهدُ لشريكِه؛ لأنّه لم يُعْتِقْ نصيبَ نفسِه.

وأمّا السِّعايةُ؛ فلأنّ فسادَ نصيبه يوجِبُ التّخْريجَ إلى العتقِ بالسِّعايةِ، ويَسْعَى العبدُ لهما في قيمَتِه بينهما فيَسْعَى للشّاهدِ [٧] في نصفِ قيمَتِه ويَسْعَى للمُنْكِرِ في نصفِ قيمَتِه، سَواءٌ كان المُنْكَرُ موسِرًا أو مُعْسِرًا في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ السِّعايةَ تَثبُتُ مع اليسارِ والإعسارِ على أصلِه.

---

(١) في المخطوط: «عليه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «نفسه».
(٤) في المخطوط: «نصيب نفسه».
(٥) في المخطوط: «في إقراره».
(٦) في المخطوط: «لو لم».
(٧) في المخطوط: «الشاهد».

أمّا حقُّ الاستِسْعاءِ للشّاهدِ وإنْ كان المشْهودُ عليه [موسِرًا؛ فلأنّ في زَعْمِه أنّ شريكَه قد أعتَقَ وأنّ له حقّ التّضْمينِ أو الاستِسْعاءِ إلاّ أنّه تَعَذّرَ التّضْمينُ؛ لأنّ إقرارَه لم يَجز عليه في حقِّه فبقيَ له حقُّ الاستِسْعاءِ .

وأمّا المُنْكِرُ] [1]؛ فلأنّ في [2] زَعْمِه أنّ نصيبَه على ملكِه، وقد تَعَذّرَ عليه التّصرُّفُ فيه بإقرارِ شريكِه فكان له أنْ يُسْتَسْعَى .

وأمّا عندَهما : فإنْ كان المُنْكِرُ موسِرًا فلا سِعايةَ للشّاهدِ على العبدِ؛ لأنّه يَزْعُمُ أنّه عَتَقَ بإعتاقِ شريكِه وأنّه لا يَسْتَحِقُّ إلاّ الضّمانَ؛ لأنّ السِّعايةَ لا تَثْبُتُ مع اليسارِ على أصلِهما، وإنْ كان مُعْسِرًا فلِلشّاهدِ أنْ يُسْتَسْعَى .

وأمّا المُنْكِرُ فيُسْتَسْعَى على كُلِّ حالٍ بالإجماعِ مُعْسِرًا كان أو موسِرًا؛ لأنّ نصيبَه على ملكِه ولم يوجدْ منه الإقرارُ بسُقوطِ حقِّه عن السِّعايةِ، فإنْ أعتَقَ كُلُّ واحدٍ منهما بعدَ ذلك نصيبَه قبل الاستِسْعاءِ جاز في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ نصيبَ المُنْكِرِ على ملكِه، وكذلك نصيبُ الشّاهدِ عندَه؛ لأنّ الإعتاقَ يتجزّأُ، فإذا أعتقا نَفَذَ عِتقُهما [3] والولاءُ بينهما؛ لأنّ العتقَ منهما، وكذلك إنِ استَسْعَيا وأدّى السِّعايةَ فالولاءُ لهما .

وأمّا على قولِهما فالولاءُ في نصيب الشّاهدِ موقوفٌ؛ لأنّ في زَعْمِ الشّاهدِ أنّ جميعَ الولاءِ لشريكِه؛ لأنّ الإعتاقَ لا يتجزّأُ على أصلِهما، وشريكُه يَجْحَدُ ذلك فيُسَلِّمُ له النِّصفَ ويوقِفُ له النِّصفَ .

وَإنْ شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما على صاحِبه وأنْكَرَ الآخَرُ يَحْلِفُ أوّلاً كُلُّ واحدٍ منهما على دَعْوَى صاحِبه؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما بدَعْوَى العتقِ على صاحِبه يَدّعي وجوبَ الضّمانِ على صاحِبه أو السِّعايةَ على العبدِ، وصاحِبُه يُنْكِرُ؛ فيَحْلِفُ كُلُّ واحدٍ منهما لصاحِبه؛ وهذا لأنّ فائدةَ الاستخلافِ النُّكولُ ليقضيَ به، والنُّكولُ إمّا بَذْلٌ أو إقرارٌ، والضّمانُ مِمّا يصحُّ بَذْلُه والإقرارُ به .

وإذا تَحالَفا سَعَى العبدُ لكُلِّ واحدٍ منهما في نصفِ قيمَتِه في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ في زَعْمِ كُلِّ واحدٍ منهما أنّ شريكَه قد أعتَقَ وأنّ له الضّمانَ أو السِّعايةَ، وتَعَذّرَ التّضْمينُ حيثُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «عنهما».

لم يُصَدِّقْه الآخَرُ فبقيَ الاستِسْعاءُ، ولا فرقَ عندَ أبي حنيفةَ بين حالِ اليسارِ والإعسارِ .

وأمّا على قولِهما: فإنْ كانا موسِرَيْنِ، فلا سِعايةَ لواحدٍ منهما؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يَدّعي الضّمانَ على شريكِه، ويَزْعُمُ أنْ لا سِعايةَ [له] [1] مع اليسارِ فلم يَثْبُتْ له ما أبْرأ العبدَ عنه .

وإنْ كانا مُعْسِرَيْنِ يَسْعَى [2] العبدُ لكُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يَزْعُمُ أنّ شريكَه أعتَقَ وهو مُعْسِرٌ فلا حقّ [له] [3] إلاّ السِّعايةُ .

وإنْ كان أحدُهما موسِرًا، والآخَرُ مُعْسِرًا، يَسْعَى [4] العبدُ للموسِرِ ولم يَسْعَ للمُعْسِرِ؛ لأنّ الموسِرَ يَزْعُمُ أنْ [5] لا ضَمانَ على شريكِه وإنّما له السِّعايةُ على العبدِ، والمُعْسِرُ إنّما يَزْعُمُ أنّ الضّمانَ على الشّريكِ وأنّه قد أبْرأ العبدَ .

ثُمّ هو عبدٌ في قولِ أبي حنيفةَ ويَسْعَى وهو رَقيقٌ إلى أنْ يُؤَدّيَ ما عليه؛ لأنّ المُسْتَسْعَى في حُكمِ المُكاتَبِ على أصلِه، وعندَهما هو حُرٌّ [و] [6] عليه دَيْنٌ حين شَهِدَ المولَيانِ فيَسْعَى وهو حُرٌّ؛ لأنّ في زَعْمِ كُلِّ واحدٍ منهما أنّه حُرٌّ من جِهةِ صاحِبه .

ومَنْ أقَرّ بحُرّيّةِ عبدٍ في ملكِه عَتَقَ عليه، عبدٌ بين رجلَيْنِ قال أحدُهما: إنْ كُنْتَ دخلتَ هذه الدّارَ أمسِ فأنتَ حُرٌّ، وقال الآخَرُ: إنْ لم تَكُنْ دخلْتَها أمسِ فأنتَ حُرٌّ، ولا يَدْري أكان دخلَ [٢/ ١٨٠أ] أو لم يدخل؟ عَتَقَ نصفُ العبدِ بينهما ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه بين المولَيَيْنِ موسِرَيْنِ [كانا] [7] أو مُعْسِرَيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ .

وقال أبو يوسُفَ: إنْ كانا مُعْسِرَيْنِ سَعَى في نصفِ قيمَتِه بينهما، وإنْ كانا موسِرَيْنِ فلا يَسْعَى لأحدٍ، وإنْ كان أحدُهما موسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى للمُعْسِرِ في رُبُعِ قيمَتِه ولا يَسْعَى للموسِرِ [8] . وقال محمّدٌ: إنْ كانا موسِرَيْنِ لا يَسْعَى، وإنْ كانا مُعْسِرَيْنِ يَسْعَى [9] لهما في جميعِ قيمَتِه .

---

(١) ليست في المخطوط .
(٢) في المخطوط: «سعى» .
(٣) زيادة من المخطوط .
(٤) في المخطوط: «سعى» .
(٥) في المخطوط: «أنه» .
(٦) زيادة من المخطوط .
(٧) زيادة من المخطوط .
(٨) في المخطوط: «للمعسر» .
(٩) في المخطوط: «سعى» .

وجه قولِ محمدٍ: أنّ كُلّ واحدٍ منهما يَدّعي على صاحِبه أنّه أعتَقَه؛ فصار كشهادةِ كُلِّ واحدٍ منهما على صاحِبه؛ ولأنّ مَنْ عَتَقَ عليه نصفُ العبدِ مَجّانًا بغيرِ سِعايةٍ مجهولٌ؛ [لأنّ الحانِثَ منهما مجهولٌ] (١)، فكان مَنْ يُقْضَى عليه بسُقوطِ نفس السِّعايةِ مجهولاً فلا يُمْكِنُ القضاءُ به.

ولأبي حنيفة: وأبي يوسُفَ أنّ نصفَ العبدِ قد عَتَقَ بيَقينٍ؛ لأنّ أحدَ الشّريكَيْنِ حانِثٌ بيَقينٍ إذِ العبدُ لا يَخْلو من أنْ يكونَ دخلَ الدّارَ أو لم يدخل، إذْ لا واسِطةَ بين الدُّخولِ والعدَمِ وليس أحدُهما بتعيينِه للحِنْثِ أولى من الآخَرِ، والمقضيُّ له بالعتقِ يتعَيّنُ (٢) فيقسِمُ نصفَ العتقِ بينهما فإذا أعتَقَ نصفَ العبدِ بيَقينٍ، تَعَذّرَ إيجابُ كُلِّ السِّعايةِ عليه فتجبُ نصفُ السِّعايةِ، ثُمّ على أصلِ أبي حنيفةَ يَسْعَى في نصفِ قيمَتِه بينهما سَواءٌ كانا موسِرَيْنِ أو مُعْسِرَيْنِ؛ لأنّ ضَمانَ السِّعايةِ عندَه لا يختلِفُ باليسارِ والإعسارِ، وعندَ أبي يوسُفَ يختلِفُ فإنْ كانا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لهما، وإنْ كانا موسِرَيْنِ لا يَسْعَى لهما، وإنْ كان (٣) أحدُهما موسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا يَسْعَى للمُعْسِرِ ولا يَسْعَى للموسِرِ.

وما ذَكَرَه محمّدٌ أنّ هذا كشهادةِ كُلِّ واحدٍ منهما على الآخَرِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ ههنا تَيَقّنّا بحُرّيّةِ نصفِ العبدِ لما بيّنّا، وفي مسألةِ الشّهادةِ لم نَسْتَيْقِنْ (٤) بالحُرّيّةِ؛ لاحتمالِ أنْ تكونَ الشّهادَتانِ كاذِبَتَيْنِ.

وأمّا قولُه: إنّ الذي يُقْضَى عليه بالعتقِ بغيرِ سِعايةٍ مجهولٌ، فنَعَم، لكنّ هذا لا يمْنَعُ القضاءَ إذا كان المقضيُّ له معلومًا؛ لأنّ المقضيّ له إذا كان معلومًا، يُمْكِنُ رَفْعُ الجهالةِ التي من جانِب المقضيِّ له (٥) بالقِسْمةِ والتّوْزيعِ، وإذا كان مجهولاً لا يُمْكِنُ. فإنْ حَلَفَ رجلانِ على عبدَيْنِ كُلُّ واحدٍ منهما لأحدِهما، فقال أحدُهما لعبدِه: إنْ كان زيدٌ قد دخلَ هذه الدّارَ اليومَ فأنتَ حُرٌّ، وقال الآخَرُ لعبدِه: إنْ لم يكنْ زيدٌ دخلَ هذه الدّارَ اليومَ فأنتَ حُرٌّ، فمضى اليومُ ولا يَدْري أدخلَ [زيد] (٦) الدّارَ أم لم يدخل؟ لم يُعْتق واحدٌ من العبدَيْنِ؛ لأنّ ههنا المقضيّ له وعليه كُلُّ واحدٍ منهما مجهولٌ، ولا وجهَ للقضاءِ (٧) عند

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «متعين».
(٣) في المطبوع: «كانا».
(٤) في المخطوط: «نتيقن».
(٥) في المخطوط: «عليه».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «إلى القضاء».

تَمَكُّنِ الجهالةِ في الطَّرَفَيْنِ، وفي الفصلِ الأوّلِ المقضيُّ له بالعتقِ مُتَيَقّنٌ معلومٌ والقضاءُ في مثلِه جائزٌ، كمَنْ أعتَقَ واحدةً من جَواريه العشرِ ثُمّ جَهِلَها.

وعلى هذا قال أبو يوسُفَ في عبدَيْنِ بين رجلَيْنِ قال أحدُهما لأحدِ العبدَيْنِ: أنتَ حُرٌّ إنْ لم يدخل فُلانٌ هذه الدّارَ اليومَ وقال الآخَرُ للعبدِ الآخَرِ: إنْ دخلَ فُلانٌ هذه الدّارَ اليومَ فأنتَ حُرٌّ، فمضى اليومُ وتَصادَقا [على] [1] أنّهما لا يعلَمانِ دخلَ أو لم يدخل؟ فإنّ هذَيْنِ العبدَيْنِ يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما رُبُعُه، ويَسْعَى في ثلاثةِ أرباعِ قيمَتِه بين المولَيَيْنِ نصفَيْنِ، وقال محمّدٌ: قياسُ قولِ أبي حنيفةَ أنْ يَسْعَى كُلُّ واحدٍ منهما في جميعِ قيمَتِه بينهما نصفَيْنِ.

وجه قولِ أبي يوسُفَ: أنّ نصفَ أحدِ العبدَيْنِ غيرُ عَيْنٍ قد عَتَقَ بيَقينٍ؛ لأنّ فُلانًا لا يَخْلو من [2] أنْ يكونَ دخلَ الدّارَ اليومَ أو لم يكنْ دخلَ فكان نصفُ أحدِهما حُرًّا بيَقينٍ، وليس أحدُهما بذلك أولى من الآخَرِ فيُقْسَمُ نصفُ الحُرّيّةِ بينهما، فيُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما رُبُعُه ويَسْعَى كُلُّ واحدٍ منهما في ثلاثةِ أرباعِ قيمَتِه للتّخْريجِ إلى العتقِ كما في المسألةِ المُتَقَدِّمةِ إلاّ أنّ هناك العبدَ واحدٌ فيُعْتَقُ منه نصفُه ويَسْعَى في النِّصفِ الباقي، وههنا عبدانِ فيُعْتَقُ نصفُ أحدِهما غيرُ عَيْنٍ ويُقْسَمُ بين [3] المولَيَيْنِ فيُعْتَقُ على كُلِّ واحدٍ منهما الرُّبُعُ، ويَسْعَى كُلُّ واحدٍ منهما في الباقي وذلك ثلاثةُ أرباعِ قيمَتِه.

وجه قياسِ قولِ أبي حنيفةَ: أنّ المقضيّ له وعليه مجهولانِ ولا سبيلَ إلى القضاءِ بالحُرّيّةِ مع جَهالَتِهما، فيَسْعَى كُلُّ واحدٍ منهما في جميعِ قيمَتِه بخلافِ المسألةِ المُتَقَدِّمةِ؛ لأنّ ثَمّةَ المقضيّ له غيرُ مجهولٍ، ومن هذا النّوعِ ما ذَكَرَه ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ في عبدٍ بين رجلَيْنِ زَعَمَ أحدُهما أنّ صاحِبَه أعتَقَه مُنْذُ سَنةٍ وأنّه هو أعتَقَه اليومَ، وقال شريكُه: لم أُعْتِقْه وقد أعتقته [4] أنتَ اليومَ، فاضْمَنْ لي نصفَ القيمةِ لعِتْقِكَ فلا ضَمانَ على الذي زَعَمَ أنّ صاحِبَه أعتَقَه مُنْذُ سَنةٍ؛ لأنّ قولَه: أنا أعتقتُه اليومَ ليس بإعتاقٍ بل هو إقرارٌ بالعتقِ وأنّه حَصَلَ بعدَ إقرارِه على شريكِه بالعتقِ فلم يصحّ، وكذا لو قال: أنا أعتقتُه أمسِ وأعتَقَه صاحِبي مُنْذُ سَنةٍ، وإنْ [٢/ ١٨٠ب] لم يُقِرّ بإعتاقِ نفسِه لكنْ قامَتْ عليه بيِّنةٌ أنّه أعتَقَه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إما».
(٣) في المخطوط: «على».
(٤) في المطبوع: «أعتقت».

أمسِ فهو ضامِنٌ لشريكِه ؛ لظُهورِ الإعتاقِ منه بالبيِّنَةِ فدَعْواه على شريكِه العتقَ المُتَقَدِّمَ لا يمْنَعُ ظُهورَ الإعتاقِ منه بالبيِّنَةِ ويمْنَعُ ظُهورَه بإقرارِه، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ .

فَصْلٌ [في حكم الإعتاق ووقت ثبوت الحكم]

وأمّا بيانُ حُكمِ الإعتاقِ وبيانُ وقتِ ثُبوتِ حُكمِه فللإعتاقِ أحْكامٌ بعضُها أصليٌّ وبعضُها من التّوابعِ . أمّا الحُكمُ الأصليُّ للإعتاقِ : فهو ثُبوتُ العتقِ ؛ لأنّ الإعتاقَ إثباتُ العتقِ والعتقُ في اللُّغةِ : عِبارةٌ عن القوّةِ، يُقالُ : عَتَقَ الطّائرُ، إذا قَوِيَ فطارَ عن وكرِه .

[وفي عُرْفِ الشّرعِ : اسمٌ لقوّةٍ حُكميّةٍ للذّاتِ يَدْفَعُ بها يَدَ الاستيلاءِ والتّمَلُّكِ عن نفسِه] (١) ؛ ولهذا كان مُقابلُه وهو الرِّقُّ عِبارةٌ عن الضّعْفِ في اللُّغةِ يُقالُ : ثَوْبٌ رَقيقٌ أي : ضَعيفٌ وفي مُتَعارَفِ الشّرعِ يُرادُ به الضّعْفُ الحُكميُّ الذي يصيرُ به الآدَميُّ مَحَلًّا للتّمَلُّكِ، وعلى عِبارةِ التّحريرِ الحُكمُ الأصليُّ للتّحريرِ : هو ثُبوتُ الحُرّيّةِ ؛ لأنّ التّحريرَ هو إثباتُ الحُرّيّةِ وهي الخُلوصُ يُقالُ : طينٌ حُرٌّ أي : خالِصٌ وأرضٌ حُرّةٌ، إذا لم يكنْ عليها خَراجٌ، وفي عُرْفِ الشّرعِ يُرادُ بها الخُلوصُ عن الملكِ والرِّقِّ، وهذا الحُكمُ يَعُمُّ جميعَ أنواعِ الإعتاقِ غيرَ أنّه إنْ كان تَنْجيزًا ثَبَتَ هذا الحُكمُ للحالِ وإنْ كان تَعليقًا بشرطٍ أو إضافةٍ إلى وقتٍ يَثْبُتُ بعدَ وجودِ الشّرطِ والوقتِ، ويكونُ المحَلُّ قبل ذلك على حُكمِ ملكِ المالِكِ في جميعِ الأحْكامِ إلاّ في التّعليقِ بشرطِ الموتِ المُطْلَقِ وهو التّدْبيرُ عندَنا، وكذا الاستيلادُ، ثُمّ هذا الحُكمَ قد يَثْبُتُ في جميعِ ما أُضيفَ إليه وقد يَثْبُتُ في بعضِ ما أُضيفَ إليه، وجملةُ الكلامِ فيه أنّ الإعتاقَ لا يَخْلو . إمّا (أنْ كان في الصِّحّةِ وإمّا أنْ كان في المرَضِ) (٢) . فإنْ كان في الصِّحّةِ عَتَقَ كُلُّه سَواءٌ كان له مالٌ آخَرَ أو لم يكنْ، وسَواءٌ كان عليه دَيْنًا أو لم يكنْ ؛ لأنّ حقّ الورَثةِ أو (٣) الغريمِ لا يتعَلّقُ بالمالِ حالةَ الصِّحّةِ . فالإعتاقُ صادَفَ خالِصَ ملكِه لا حقّ لأحدٍ فيه فنَفَذَ .

وَإنْ كان في المرَضِ فإنْ كان له مالٌ آخَرَ سِوَى العبدِ، والعبدُ كُلُّه يَخْرُجُ من ثُلُثِ المالِ يُعْتَقُ كُلُّه ؛ لأنّ الثُّلُثَ خالِصُ حقِّه (٤) لا حقّ للوَرَثةِ فيه، وإنّما تَعلّقَ حقُّهم (في

---

(١) ليست في المخطوط .

(٢) في المخطوط : «أن يكون في الصحة أو في المرض» .

(٣) في المخطوط : «و» . (٤) في المخطوط : «ملكه» .

الثُّلُثَيْنِ) (١)، والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «إنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً عَلَى أَعْمَالِكُمْ» (٢) وإنْ كان لا يَخْرُجُ كُلُّه من ثُلُثِ المالِ وأجازَتِ الورَثةُ الزّيادةَ فكذلك؛ لأنّ المانِعَ حقُّ الورَثةِ فإذا أجازوا فقد زالَ المانِعُ فيُعْتَقُ كُلُّه، وإنْ لم يُجيزوا الزّيادةَ يُعْتَقُ منه بقدرِ ثُلُثِ مالِه ويَسْعَى في الباقي للوَرَثةِ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ سِوَى العبدِ فإنْ أجازَتِ الورَثةُ عَتَقَ كُلُّه؛ لما قُلْنا، وإنْ لم يُجيزوا يُعْتَقُ ثُلُثُه ويَسْعَى في الثُّلُثَيْنِ للوَرَثةِ؛ لما قُلْنا.

والدّليلُ عليه أيضا: ما رُوِيَ في حَديثِ أبي قِلابةَ أنّ رجلاً أعتَقَ (عبدًا له عندَ موتِه) (٣) ولا مالَ له غيرُه، فأجاز النّبيُّ ﷺ ثُلُثَه واستَسْعاه في ثُلُثَيْ قيمَتِه، فدَلّ الحديثُ على جَوازِ الإعتاقِ في مَرَضِ الموتِ حيثُ أجاز النّبيُّ ﷺ ذلك، على أنّ الإعتاقَ في مَرَضِ الموتِ وصيّةٌ حيثُ اعتبَرَه من الثُّلُثِ، وعلى بُطْلانِ قولِ مَنْ يقولُ: لا سِعايةَ في الشّريعةِ حيثُ استَسْعَى العبدُ.

هذا إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ، فإنْ كان عليه دَيْنٌ فإنْ كان مُسْتَغْرِقًا لَقيمَتِه ولا مالَ له سِوَى العبدِ أو له مالٌ آخَرُ لكنّ الدّيْنَ مُسْتَغْرِقٌ لمالِه فأعتَقَ يَسْعَى في جميعِ قيمَتِه (٤) للغَريمِ رَدًّا للوَصيّةِ؛ لأنّ الدّيْنَ مُقَدَّمٌ على الوصيّةِ إلاّ أنّ العتقَ لا يحتملُ النّقْضَ فتجبُ السّعايةُ.

ورُوِيَ عن أبي الأعرَجِ أنّ رجلاً أعتَقَ عبدًا له عندَ الموتِ وعليه دَيْنٌ فقال النّبيُّ ﷺ: «يَسْعَى فِي الدَّيْنِ» (٥)، وهكذا رُوِيَ عن عَليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما، وإنْ كان الدّيْنُ غيرَ مُسْتَغْرِقٍ لقيمةِ العبدِ بأنْ كان الدّيْنُ ألفَ درهم وقيمةُ العبدِ ألفانِ يَسْعَى في نصفِ قيمَتِه للغَريمِ رَدًّا للوَصيّةِ في قدرِ الدّيْنِ ثُمّ نصفُه الثّاني عَتَقَ بطريقِ الوصيّةِ، فإنْ أجازَتِ الورَثةُ عَتَقَ جميعُ نصفِه الثّاني، وإنْ لم تُجزْ يُعْتَقُ ثُلُثُ النِّصفِ الثّاني مَجّانًا بغيرِ شيءٍ وهو

---

(١) في المخطوط: «بالثلثين».

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير»، (٢٠/ ٥٤)، حديث (٩٤)، من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه مرفوعًا به. وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢١٢): ورواه الطبراني وفيه عقبة بن حميد الضبي وثقه ابن حبان وغيره، وضعفه أحمد.

(٣) في المخطوط: «عبده في مرض موته».

(٤) في المخطوط: «القيمة».

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٨٣)، حديث (٢١١٧٣)، وقال: «وهذا منقطع، ورواية الحجاج بن أرطاة غير محتج بها».

سُدُسُ الكُلِّ ويَسْعَى في ثُلُثَي النِّصفِ فالحاصِلُ أنّه يُعْتَقُ سُدُسُه مَجّانًا بغيرِ شيءٍ ويَسْعَى في خمسةِ أسداسِه : ثلاثةُ أسهمٍ للغَريمِ وسَهْمانِ للوَرَثةِ .

وَلو كان له عبدانِ فأعتَقَهما وهو مَريضٌ ، فهو على التّفاصيلِ التي ذَكَرْنا أنّه إنْ كان له مالٌ سِواهما وهما يَخْرُجانِ من الثُّلُثِ ، عَتَقا جميعًا بغيرِ شيءٍ ؛ لما ذَكَرْنا ، وإنْ لم يَخْرُجا من الثُّلُثِ وأجازَتِ الورَثةُ الزّيادةَ فكذلك ؛ لما قُلْنا ، وإنْ لم يُجيزوا الزّيادةَ يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما بقدرِ ثُلُثِ مالِه ويَسْعَى في الباقي للوَرَثةِ ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ سِواهما فإنْ أجازَتِ الورَثةُ عَتَقا جميعًا بغيرِ شيءٍ ، وإنْ لم يُجيزوا يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما ثُلُثُه [٢/ ١٨١أ] مَجّانًا ويَسْعَى في الثُّلُثَيْنِ للوَرَثةِ ، فيَجْعَلُ كُلّ رَقَبةٍ على ثلاثةِ أسهمٍ ؛ [لحاجَتِنا إلى الثُّلُثِ] (١) فيصيرُ جملةُ المالِ وهو العبدانِ على سِتّةِ أسهمٍ فيَخْرُجُ منها سِهامُ العتقِ وسِهامُ السِّعايةِ للعبدَيْنِ : سَهْمانِ من سِتّةٍ ، وللوَرَثةِ أربعةُ أسهمٍ ، فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ ، فإنْ ماتَ أحدُهما قبلَ السِّعايةِ ، يُجْعَلُ هو مُسْتَوْفيًا لوَصيّتِه مُتْلِفًا لما عليه من السِّعايةِ ، والتّلَفُ يدخلُ على الورَثةِ وعلى العبدِ الباقي فيُجْمَعُ نصيبُ الورَثةِ وذلك أربعةُ أسهمٍ ، ونصيبُ العبدِ الحيِّ وذلك سَهْمٌ فيكونُ خمسةً ، فيُعْتَقُ من العبدِ الحيِّ خُمُسُه ، ويَسْعَى في أربعةِ أخماسِه فيَحْصُلُ (٢) للوَرَثةِ أربعةُ أسهمٍ وللحَيِّ سَهْمٌ ، والميِّتُ قد استَوْفَى سَهْمًا (٣) فحَصَلَ للوَرَثةِ أربعةُ أسهمٍ وللوَصيّةِ سَهْمانِ ، فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ .

وَلو كان العبيدُ ثلاثةً ولم يكنْ له مالٌ سِواهم ، يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ ثُلُثُه ويَسْعَى في ثُلُثَيْ قيمَتِه فيصيرُ كُلُّ واحدٍ (٤) على ثلاثةِ أسهمٍ فتَصيرُ العبيدُ على تِسْعةِ أسهمٍ : سِتّةُ أسهمٍ للوَرَثةِ وثلاثةُ أسهمٍ للعَبيدِ ، فإنْ ماتَ أحدُهم قبلَ السِّعايةِ صار مُتْلِفًا لما عليه من السِّعايةِ مُسْتَوْفيًا لوَصيّتِه ، فيُجْمَعُ نصيبُ الورَثةِ وذلك سِتّةُ أسهمٍ ، ونصيبُ العبدَيْنِ سَهْمانِ فيكونُ ثَمانيةَ أسهمٍ ، فيُجْعَلُ كُلُّ عبدٍ على أربعةِ أسهمٍ فيُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ رُبُعُه ويَسْعَى في ثلاثةِ أرباعِه (٥) ، فيَحْصُل (٦) للوَرَثةِ سِتّةُ أسهمٍ وللعبدَيْنِ سَهْمانِ والميِّتُ [قد] (٧) استَوْفَى سَهْمًا ، فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ .

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «فيجعل».
(٣) في المخطوط : «بينهما».
(٤) في المخطوط : «العبد».
(٥) في المخطوط : «أرباع قيمته».
(٦) في المخطوط : «فيجعل».
(٧) زيادة من المخطوط.

فإنْ مات اثنانِ يُجْمَعُ نصيبُ الورثةِ سِتّةٌ وللحَيِّ سَهْمٌ فيكونُ سَبْعةٌ فيُعْتَقُ من الحيِّ سُبُعُه ويَسْعَى في سِتّةِ أسباعِ قيمَتِه، فيَحْصُلُ للوَرَثةِ سِتّةٌ وللحَيِّ سَهْمٌ والميِّتانِ استَوْفَيا سَهْمَيْنِ، فحَصَلَتِ الوصيّةُ ثلاثةُ أسهمٍ والسِّعايةُ سِتّةٌ فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ .

هذا كُلُّه إذا لم يكنْ على الميِّتِ دَيْنٌ فإنْ كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، يَسْعَى كُلُّ واحدٍ في قيمَتِه للغرَماءِ رَدًّا للوَصيّةِ؛ لأنّ العتقَ في مَرَضِ الموتِ وصيّةٌ ولا وصيّةَ إلاّ بعدَ قضاءِ الدَّيْنِ وإنْ كان الدَّيْنُ غيرَ مُسْتَغْرِقٍ بأنْ كان ألفًا وقيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ . يَسْعَى كُلُّ واحدٍ [منهما] [١] في نصفِ قيمَتِه ثُمّ نصفُ كُلِّ واحدٍ منهما [وصيّةٌ] [٢]، فإنْ أجازَتِ الورَثةُ عَتَقَ النِّصفُ الباقي من كُلِّ واحدٍ، وإنْ لم تُجِزِ الورَثةُ يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ ثُلُثُ نصفِ الباقي مَجّانًا وهو السُّدُسُ ويَسْعَى في ثُلُثَي النِّصفِ، ففي الحاصِلِ عَتَقَ من كُلِّ واحدٍ سُدُسُه مَجّانًا ويَسْعَى في خمسةِ أسداسِه، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

[ثم] [٣] المريضُ إذا أعتَقَ عبدَه ولا مالَ له غيرَه، فأمرُ العبدِ في الحالِ في أحْكامِ الحُرّيّةِ من الشّهادةِ وغيرِها موقوفٌ فإنْ بَرِئَ تَبيّنَ أنّه صار حُرًّا من حينِ أعتَقَ، وإنْ مات فهو بمنزلةِ المُكاتَبِ [إذا سعى] [٤] في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإعتاقَ يتجزّأُ [عندَه] [٥]، وعندَهما هو حُرٌّ وعليه دَيْنٌ؛ لأنّ الإعتاقَ لا يتجزّأُ [عندهما] [٦] .

وأمّا الذي هو من التّوابعِ فنحوُ: المالِكيّةِ والوِلايةِ والشّهادةِ والإرثِ وغيرِ ذلك لكنْ هذه ليستْ من الأحْكامِ الأصليّةِ للإعتاقِ بل هي من التّوابعِ، والثّمَراتُ تَثْبُتُ في بعضِ أنواعِه دونَ بعضٍ كالإعتاقِ المُضافِ إلى الصّبيِّ والمجنونِ ونحوِ [٧] ذلك، ومن هذا القبيلِ: الإعتاقُ المُضافُ إلى المجهولِ، وجملةُ الكلامِ (في المعتق المجهول) [٨] أنّ جَهالةَ المُعْتَقِ إمّا أنْ كانت أصليّةً، وإمّا أنْ كانت طارِئةً .

فإنْ كانت أصليّةً: وهي أنْ تكونَ الصّيغةُ من الابتِداءِ مُضافةً إلى أحدِ المذكورَيْنِ غيرُ عَيْنٍ فيُجْهَلُ المُضافُ إليه؛ لمُزاحَمةِ [٩] صاحِبه إيّاه في الاسمِ، فصاحِبُه المُزاحِمُ

---

(١) زيادة من المخطوط .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) زيادة من المخطوط .
(٤) زيادة من المخطوط .
(٥) ليست في المخطوط .
(٦) زيادة من المخطوط .
(٧) في المخطوط : «وغير».
(٨) في المطبوع : «فيه».
(٩) في المخطوط : «بمزاحمة».

[له] [١] لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ مُحْتَمِلاً للإعتاقِ أو لا يكونُ مُحْتَمِلاً له، والمُحْتَمِلُ [له] [٢] لا يَخلو إما [٣] أنْ يكونَ مِمّنْ يَنْفُذُ [٤] إعتاقُه فيه أو مِمّنْ لا يَنْفُذُ [٥]، فإنْ كان مُحْتَمِلاً للإعتاقِ وهو مِمّنْ يَنْفُذُ [٦] إعتاقُه فيه، نحوَ أنْ يقول لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ، أو يقول: هذا حُرٌّ أو هذا، أو يقول سالِمٌ حُرٌّ أو بَريعٌ، لا يَنْوي أحدَهما بعَيْنِه فالكلامُ في هذا الفصلِ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ كيْفيّةِ هذا التّصرُّفِ.

والثّاني: في بيانِ الأحْكامِ المُتَعَلِّقةِ به.

أما الكيْفيّةُ، فقد ذَكَرْنا الاختلافَ فيها فيما تَقَدّمَ.

وأمّا الكلامُ في الأحْكامِ المُتَعَلِّقةِ به في الأصلِ فنوعانِ: نوعٌ يتعَلّقُ به في حالِ حَياةِ المولى، ونوعٌ يتعَلّقُ به بعدَ وفاتِه.

أمّا الأوّلُ: فنَقولُ ولا قوّةَ إلاّ باللّه تعالى: إنّ للمولى أنْ يَسْتخدِمَهما قبل الاختيارِ، وهذا يَدُلُّ على أنّ العتقَ غيرُ نازِلٍ في أحدِهما؛ لأنّه لا سبيلَ إلى استخدامِ الحُرِّ من غيرِ رِضاه وله أنْ يَسْتعمِلَهما ويستكسبهما وتكونُ الغلّةُ والكسْبُ للمولى، وهذا أيضًا يَدُلُّ على ما قُلْنا.

وَلو جَنَى عليهما [قبل الاختيارِ] [٧]، فالجِنايةُ لا تخلو: أمّا إنْ كانت من المولى، وأمّا إنْ كانت من الأجنَبيِّ، ولا تخلو: أمّا إنْ كانت على النّفسِ أو على ما دونَ النّفسِ.

فإنْ كانتِ الجِنايةُ [٢/ ١٨١ب] من المولى فإنْ كانت على ما دونَ النّفسِ بأنْ قَطَعَ يَدَ العبدَيْنِ فلا شيءَ عليه، وهذا أيضًا يَدُلُّ على عَدَمِ نُزولِ العتقِ حيثُ جَعَلَهما في حُكمِ المملوكَيْنِ قبل الاختيارِ، وسَواءٌ قَطَعَهما مَعًا أو على التّعاقُبِ؛ لأنّ القطْعَ لا يُبْطِلُ الخيارَ ولا يكونُ ثابتًا [٨]، بخلافِ القتلِ؛ لما نَذْكُرُ.

وإنْ كانت جِناية على النّفسِ: بأنْ قَتَلَهما فإنْ قَتَلَهما على التّعاقُب، فالأوّلُ عبدٌ والثّاني

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «من».
(٤) في المخطوط: «يملك».
(٥) في المخطوط: «يملك».
(٦) في المخطوط: «يملك».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «بيانًا».

حُرٌّ؛ لأنّه لَمّا أقدَمَ على قَتْلِ الأوّلِ فقد تَعَيّنَ الثّاني للعِتْقِ فإذا قَتَلَه فقد قَتَلَ حُرًّا، فعليه الدّيةُ وتكونُ لوَرَثَتِه؛ لأنّ الدّيةَ تَصيرُ ميراثًا للوَرَثةِ ولا يكونُ للمولى من ذلك شيءٌ؛ لأنّه قاتِلٌ والقاتِلُ لا يَرِثُ.

وإنْ قَتَلَهما مَعًا بضَرْبةٍ واحدةٍ: فعليه نصفُ ديةِ كُلِّ [١] واحدٍ منهما لوَرَثَتِه؛ لأنّ المضْمونَ على المولى أحدُهما وهو الحُرُّ منهما، وليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ فشاعَتْ حُرّيّةٌ واحدةٌ فيهما، وهذا يُؤَيِّدُ القول بنُزولِ العتقِ في غيرِ [٢] العيْنِ.

وإنْ كانتِ الجِنايةُ من الأجنبيِّ: فإنْ كانت فيما دونَ النّفسِ بأنْ قَطَعَ إنسانٌ يَدَ العبدَيْنِ فعليه أرشُ العبيدِ [٣]، وذلك نصفُ قيمةِ كُلِّ واحدٍ منهما لكنْ يكونُ أرشُهما للمولى سَواءٌ قَطَعَهما مَعًا أو على التّعاقُبِ؛ لأنّ القطْعَ لا يُبْطِلُ خيارَ المولى، وهذا يوجِبُ القول بعَدَمِ نُزولِ العتقِ إذْ لو نزل، لَكان الواجِبُ أرشَ يَدِ عبدٍ وحُرٍّ وهو نصفُ قيمةِ عبدٍ ونصفُ ديةِ حُرٍّ.

وإنْ كانت في النّفسِ: فالقاتِلُ لا يَخْلو إمّا أنْ كان واحدًا وإمّا أنْ كان اثنَيْنِ، فإنْ كان واحدًا فإنْ قَتَلَهما مَعًا فعلى القاتِلِ نصفُ قيمةِ كُلِّ واحدٍ منهما، نصفُ قيمةِ هذا ونصفُ قيمةِ ذاكَ ويكونُ للمولى، وعليه نصفُ ديةِ كُلِّ واحدٍ منهما نصفُ ديةِ هذا ونصفُ ديةِ ذاكَ وتكونُ لوَرَثَتِهِما، وهذا دَليلٌ على أنّ العتقَ نازِلٌ في غيرِ العيْنِ إذْ لو لم يكنْ، لَكان الواجِبُ (في قَتْلِهما) [٤] مَعًا قيمةَ عبدَيْنِ ومع ذلك لم يجبْ بل وجَبَ ديةُ حُرٍّ وقيمةُ عبدٍ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ وقد قَتَلَ حُرًّا وعبدًا، والواجِبُ بقَتْلِ الحُرِّ الدّيةُ وبقَتْلِ العبدِ القيمةُ، والدّيةُ للوَرَثةِ والقيمةُ للمولى وإنّما انقَسَمَ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما تجبُ ديَتُه في حالٍ وقيمَتُه في حالٍ؛ لاحتمالِ أنّه حُرٌّ وعبدٌ فيَنْقَسِمُ ذلك على اعتِبارِ الأحْوالِ كما هو أصلُ أصحابِنا.

وإنْ قَتَلَهما على التّعاقُبِ يجبُ على القاتِلِ قيمةُ الأوّلِ للمولى وديةُ الثّاني للوَرَثةِ؛ لأنّ قَتْلَ الأوّلِ يوجِبُ تَعَيُّنَ الثّاني للعِتْقِ؛ فيتَعَيّنُ الأوّلُ للمولى وقد قَتَلَ حُرًّا وعبدًا خطَأً.

---

(١) في المخطوط: «على كل».
(٢) في المخطوط: «عين».
(٣) في المخطوط: «العبد».
(٤) في المخطوط: «بقتلهما».

وإنْ كان القاتِلُ اثنَيْنِ فقَتَلَ كُلُّ واحدٍ منهما رجلاً فإنْ وقَعَ قَتْلُ كُلِّ واحدٍ منهما مَعًا، فعلى كُلِّ واحدٍ من القاتِلينَ القيمةُ نصفُها للوَرَثةِ ونصفُها للمولى، وإيجابُ (القيمَتَيْنِ يوجِبُ)[1] قيمةً وديةً على قولِ مَنْ يقولُ: [إنّ العتقَ غيرُ نازِلٍ ظاهرًا؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما قَتَلَ عبدًا خَطَأً وأنّه يوجِبُ القيمةَ.

وأمّا على قولِ مَنْ يقولُ][2] بنُزولِ العتقِ، فإنّما لم تجبِ الدّيةُ؛ لأنّ مَنْ تجبُ الدّيةُ عليه منهما مجهولٌ إذْ لا يُعْلَمُ مَنِ الذي تجبُ عليه منهما فلا يُمْكِنُ إيجابُ الدّيةِ مع الشّكِّ، والقيمةُ مُتَيَقَّنةٌ فتجبُ، بخلافِ ما إذا كان القاتِلُ واحدًا؛ لأنّ هناك مَنْ عليه معلومٌ لا جَهالةَ فيه، وإنّما الجهالةُ فيمَنْ له.

وأمّا انقِسامُ القيمَتَيْنِ؛ فلأنّ المُسْتَحِقّ لأحدِ البدَلَيْنِ هو المولى والمُسْتَحِقُّ للبَدَلِ الآخَرِ هو الوارِثُ، وكُلُّ واحدٍ منهما يَسْتَحِقُّ في حالٍ ولا يَسْتَحِقُّ في حالٍ فوجوبُ القيمَتَيْنِ حُجّةُ أحدِ القولَيْنِ وانقِسامُهما حُجّةُ القولِ الآخَرِ.

وَإنْ وقَعَ قَتْلُ كُلِّ واحدٍ منهما على التّعاقُب فعلى قاتِلِ الأوّلِ القيمةُ للمولى وعلى قاتِلِ الثّاني الدّيةُ للوَرَثةِ؛ لأنّ أحدَهما قَتَلَ عبدًا والآخَرُ قَتَلَ حُرًّا؛ لأنّ قَتْلَ الأوّلِ أوجَبَ تَعَيُّنَ الثّاني للحُرّيّةِ والأوّلِ للرِّقِّ.

وَلو كان المَمْلوكانِ أَمَتَيْنِ، فوَلَدَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما ولدًا أو ولدَتْ إحداهما ولدًا، فاختارَ المولى عِتْقَ إحداهما عَتَقَتْ هي وعَتَقَ ولدُها، سَواءٌ كان للأُخرى ولدًا أو لم يكنْ. أمّا على قولِ التّخْييرِ فظاهرٌ؛ لأنّ العتقَ كان نازِلاً في غيرِ العيْنِ منهما، والبيانُ تعيينٌ لمَنْ وقَعَ[3] عليه؛ فعَتَقَتِ المُعَيّنةُ وعَتَقَ ولدُها تَبَعًا لها.

وأمّا على قولِ التّعليقِ؛ فلأنّ العتقَ إنْ لم يَنْزِلْ، فقد انعَقَدَ سببُ النُّزولِ في إحداهما فيَسْري إلى ولدِها كالاستيلادِ والكِتابةِ.

وَلو ماتتِ الأَمَتانِ مَعًا قبل الاختيارِ وقد ولدَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما ولدًا خُيِّرَ المولى فيَخْتارُ عِتْقَ أيِّ الولدَيْنِ شاء؛ لأنّهما لَمّا ماتتا مَعًا لم تَتَعَيّنْ إحداهما للحُرّيّةِ فحَدَثَ

---

(١) في المخطوط: «قيمتين دون».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يوقع».

الولدانِ على وصفِ الأُمِّ؛ فيُخَيِّرُ المولى فيهما كما كان يُخَيِّرُ في الأمِّ [١]، فإنْ مات أحدُ الولدَيْنِ قبل الآخرِ مع بقاءِ الأمَتَيْنِ، لا [٢] يُلْتَفَتُ إلى ذلك ويُخَيِّرُ المولى؛ لأنّه لم يتعلّقْ بموتِه تعيينٌ إذِ الحُرّيّةُ إنّما تَتَعَيّنُ فيه بتَعَيُّنِها في أُمّه وحُكمُ التّعْيينِ في الأمِّ قائمٌ؛ لأنّ تعيينَها مُمْكِنٌ فيُخَيِّرُ المولى [فيهما] [٣] فأيُّهما [٢/ ١٨٢أ] اختارَ عِتْقَها فعَتَقَتْ، عَتَقَ ولدُها .

وَلو قَتَلَ الأمَتَيْنِ مَعًا رجلٌ، خُيِّرَ المولى في الولدَيْنِ؛ لما قُلْنا في الموتِ، وأيُّهما اختارَ عِتْقَه فعَتَقَ، لا يَرِثُ من أرشِ أُمّه شيئًا؛ لأنّه إنّما عَتَقَ باختيارِ العتقِ فيه وذلك يتأخّرُ عن الموتِ فلا يَرِثُ شيئًا بل يكونُ الكُلُّ للمولى، وهذا نصُّ مذهب التّعليقِ؛ لأنّ العتقَ لو كان نازِلاً في إحداهما لحُدوثِهما على وصفِ الأُمِّ، لَكان الاختيارُ تعيينًا لمَنْ وقَعَ عليه [العتقُ] [٤] فكان عِتْقُه مُتَقَدِّمًا (على موتِ) [٥] الأُمِّ؛ فيَنْبَغي أنْ يَرِثَ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَلو وُطِئَتِ الأمَتانِ بشُبْهةٍ قبل اختيارِ المولى، يجبُ عُقْرُ أمَتَيْنِ، ويكون للمولى كالأرشِ، وهذا يُؤَيِّدُ قول التّعليقَ إذْ لو كان تَنْجيزًا، لَكان الواجِبُ عُقْرَ حُرّةٍ وأمةٍ ولكان نصفُ ذلك للأمَتَيْنِ والنِّصفُ للمولى، (ولما ذكرنا أن كسبهما يكون له كالأرش) [٦] فالعُقْرُ أولى؛ لأنّهما لا يملِكانِ بدونِ ملكِ الأصلِ، وقد يملِكُ الكسْبَ بدونِ ملكِ الأصلِ كالغاصِبِ فلَمّا كان الكسْبُ له فالأرشُ والعُقْرُ أولى، ولو باعَهما صَفْقةً واحدةً كان البيعُ فاسِدًا، أمّا على قولِ التّنْجيزِ فظاهرٌ؛ لأنّ العتقَ إذا نزل في غيرِ المعين [٧] منهما صار جامِعًا بين (حُرٍّ وعبدٍ) [٨] في البيعِ من غيرِ بيانِ حِصّةِ كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّه غيرُ جائزٍ بالإجماع .

وأمّا على قولِ التّعليقِ فلأنّ حقّ الحُرّيّةِ قد ثَبَتَ وهو انعِقادُ سبب الحُرّيّةِ لأحدِهما فيمْنَعُ جَوازَ البيعِ، كما لو جَمع بين قِنٍّ ومُدَبّرٍ في البيعِ ولم يُبيِّنْ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ منهما من [٩] الثّمَنِ .

---

(١) في المخطوط: «الأُمّين».
(٢) في المخطوط: «لم».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «بموت».
(٦) في المطبوع: «ولما كان كسبهما له والأرش».
(٧) في المطبوع: «العين».
(٨) في المخطوط: «الحر والعبد».
(٩) في المخطوط: «في».

وَلو أنّه باعَهما صَفقةً واحدةً وسَلّمَهما إلى المُشتَري فأعتَقَهما المُشتَري فيُقالُ للبائعِ: اختَرِ العتقَ في أحدِهما، وأيُّهما اختارَ عِتقَه، عَتَقَ الآخرِ على المُشتَري؛ لأنّ المُشْتَريَ لَمّا قَبَضَهما بعقدٍ فاسدٍ فقد مَلَكَ أحدَهما ونَفَذَ إعتاقُه فيه، فإذا عَيّنَ البائعُ أحدَهما للعِتقِ، تَعيّنَ الآخرُ للملكِ الفاسدِ، فيَنْفُذُ فيه إعتاقُ المُشْتَري، وإنّما بُدِئَ بتخييرِ البائعِ؛ لأنّ التّمْليكَ منه حَصَلَ في مجهولٍ، فما لم يتعَيّنْ أحدُهما للحُرّيّةِ لا يتعَيّنُ الآخرُ للملكِ الفاسدِ، فإنْ ماتَ البائعُ قبلَ البيانِ قامَتِ الورَثةُ مقامَه، ويُقالُ لهم: بيِّنوا فإنْ بيّنوا في أحدِهما، عَتَقَ الآخرُ على المُشْتَري، ولا يُقالُ: يَنْبَغي أنْ يَنْقَسِمَ العتقُ بموتِ المولى كما إذا ماتَ قبلَ البيعِ؛ لأنّ شرطَ الانقِسامِ أنْ لا يَزولَ الملكُ عن أحدِهما لاستِحالةِ انقِسامِ الحُرّيّةِ على الحُرِّ، والملكُ قد زالَ عن أحدِهما، فتَعَذّرَ الانقِسامُ وبقيَ الخيارُ فقامَ الوارثُ مقامَ المورِّثِ.

فإنْ قِيلَ: الخيارُ عندَكُم لا يورّثُ فكيف ورّثْتُم هذا الخيارَ وهذا منكُم تَناقُضٌ؟ فالجوابُ أنّ هذا الخيارَ لا يورّثُ عندَنا بل يَثْبُتُ للورَثةِ ابتِداءً لا بطريقِ الإرثِ، بل؛ لأنّهم استَحقّوا [(1)] قيمةَ أحدِ العبدَيْنِ فكان لهم التّعْيينُ كما كان للبائعِ، وهذا كما قالوا فيمَنْ باعَ أحدَ عبدَيْه، على أنّه بالخيارِ وقَبَضَهما المُشْتَري فماتا في يَدِه ثُمّ ماتَ البائعُ، أنّ لورَثةِ البائعِ الاختيارَ ابتِداءً لا بطريقِ الإرثِ كذا هذا، فإنْ لم يُعْتِقِ المُشْتَري حتّى ماتَ البائعُ، لم يَنْقَسِمِ العتقُ فيهما حتّى يَفْسَخَ القاضي البيعَ، فإذا فسَخَه انقَسَمَ وعَتَقَ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه وإنّما كان كذلك؛ لما ذَكَرْنا من فواتِ شرطِ الانقِسامِ وهو عَدَمُ زوالِ الملكِ في أحدِهما، والملكُ قد زالَ عن أحدِ العبدَيْنِ فتَعَذّرَ التّقْسيمُ والتّوْزيعُ، إلاّ أنّ البيعَ الفاسدَ واجبُ الفسخِ حقًّا للشّرعِ رَفْعًا [(2)] للفَسادِ، وفسخُه بفعلِ القاضي أو بتَراضي المُتَعاقِدَيْنِ، فإذا فسَخَ عادَ إلى ملكِ البائعِ وشاعَ العتقُ فيهما وعَتَقَ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه.

وَلو وهَبَهما قبلَ الاختيارِ أو تَصَدّقَ بهما أو تزوّجَ عليهما يُخَيّرُ فيَخْتارُ العتقَ في أيّهما شاء وتجوزُ الهِبةُ والصّدَقةُ والإمهارُ في الآخَرِ؛ لأنّ حُرّيّةَ أحدِهما أو حقُّ الحُرّيّةِ وهو انعِقادُ سببِ الحُرّيّةِ في أحدِهما على اختلافِ الكيْفيّتَيْنِ لا يوجِبُ بُطْلانَ هذه التّصرُّفاتِ.

---

(1) في المخطوط: «لم يستحقوا».

(2) في المخطوط: «دفعًا».

ألا تَرَى أنّه لو جَمع في الهِبةِ أو في الصّدَقةِ أو في النّكاحِ بين حُرٍّ وعبدٍ يصحُّ في العبدِ.

وكذا إذا جَمع فيها بين مُدَبّرٍ وقِنٍّ يصحّ في القِنِّ وهذا؛ لأنّ الجمْعَ بين الحُرِّ والعبدِ في البيعِ إنّما يوجِبُ فسادَ البيعِ؛ لأنّه إذا جَمع بينهما فقد جعل قَبول البيعِ في كُلِّ واحدٍ منهما شرطًا لصحّةِ قَبولِه في الآخَرِ وأنّه شرطٌ فاسِدٌ، وهذه التّصرُّفاتُ لا تُبْطِلُها الشُّروطُ الفاسِدةُ.

فإنْ قِيلَ: إذا قَبَضَهما الموهوبُ له أو المُتَصَدّقُ عليه أو المرأةُ، فقد زالَ الملكُ عن أحدِهما فكيف يُخَيَّرُ المولى؟ فالجوابُ أنّا لا نَقولُ بزوالِ الملكِ عن أحدِهما قبل الاختيارِ بل زوالُه موقوفٌ على وجودِ الاختيارِ، فإذا تَعَيّنَ أحدُهما للعِتْقِ باختيارِه العتقَ فيه يزول الملكُ عن أحدِهما.

وإنْ مات المولى قبل أنْ يُعيِّنَ [1] العتقَ [٢/ ١٨٢ب] في أحدِهما بَطَلَتِ الهِبةُ والصّدَقةُ فيهما وبَطَلَ إمهارُها؛ لأنّه لَمّا مات فقد شاعَ العتقُ فيهما لوجودِ شرطِ الشّياعِ؛ فيُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه ومُعْتَقُ البعضِ لا يحتملُ التّمْليكَ من الغيرِ.

وَلو أسَرَهما أهلُ الحرْب كان للمولى أنْ يَخْتارَ عِتْقَ أحدِهما، و[لا] [2] يكونُ الآخَرُ لأهلِ الحرْب؛ لأنّ أهلَ الحرْب لم يملِكوهما بالأسرِ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ أو حقُّ الحُرّيّةِ لأحدِهما [3] ثابتٌ، وكُلُّ ذلك يمْنَعُ من التّمَلُّكِ بالأسرِ؛ ولهذا لا يملِكونَ المُكاتَبَ والمُدَبّرَ بالأسرِ كما لا يملِكونَ الحُرّ، وإذا لم يُمْلَكا بالأسرِ بقيا على ملكِ المولى وله خيارُ العتقِ، فإذا اختارَ أحدَهما بقيَ الآخَرُ عبدًا فيملِكُه أهلُ الحرْب فإنْ لم يختَرِ المولى حتّى مات بَطَلَ ملكُ أهلِ الحرْب بينهما؛ لأنّه لَمّا مات المولى شاعَتِ الحُرّيّةُ وعَتَقَ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه فتَعَذّرَ التّمَلُّكُ.

ولو أسَرَ أهلُ الحرْب أحدَهما لم يملِكوه؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ أو ثَبَتَ له حقُّ الحُرّيّة وكُلُّ ذلك يمْنَعُ من التّمَلُّكِ، بخلافِ ما إذا باعَ أحدُهما؛ لأنّ بيعَه إيّاه اختيارٌ منه للملكِ فقد باعَ ملكَه باختيارِه فصَحّ.

وَلو اشتَراهما من أهلِ الحرْب تاجِرٌ فللمولى أنْ يَخْتارَ عِتْقَ أيِّهما شاء ويأخُذَ الآخَرَ

---

(١) في المطبوع: «يُبيّنَ».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «للآخر».

بحِصّتِه من الثَّمَنِ؛ لأنّ الخيارَ كان ثابتًا للمولى قبل البيع، فإذا باعوا فقد ثَبَتَ للمُشْتَري ما كان ثابتًا [له] (١) قبل خيارِ العمَلِ فإذا اختارَ عِتْقَ أحدِهما صَحّ ملكُ أهلِ الحرْب والمُشْتَري منهم في الآخرِ؛ فيأخُذُه بحِصّتِه من الثّمَنِ فإنِ اشترى التّاجِرُ أحدَهما فاختارَ المولى عِتْقَه، عَتَقَ وبَطَلَ الشّراءُ؛ لما ذَكَرْنا أنّ وِلايةَ الاختيارِ قائمةٌ للمولى، فإنْ أخذه المولى من الذي اشتَراه بالثّمَنِ عَتَقَ الآخَرُ؛ لأنّ أخذَه إيّاه إعادةٌ له إلى قَديمِ ملكِه فيتعَيّنُ الآخَرُ للعِتْقِ كأنّه أعتقَه.

وَلو قال في صحّتِه لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ ثُمّ مَرِضَ مَرَضَ الموتِ فاختارَ عِتْقَ أحدِهما يُعْتَقُ من جميعِ المالِ، وإنْ كانت قيمَتُه أكثَرَ من الثُّلُثِ بأنْ كانت قيمةُ أحدِهما ألفًا وقيمةُ الآخَرِ ألفَيْنِ فبين العتقِ في الذي قيمَتُه ألفانِ، وهذا يَدُلُّ على أنّ إضافةَ العتقِ إلى المجهولِ إيقاعٌ وتَنْجيزٌ، إذْ لو كان تَعليقًا واقْتَصَرَ العتقُ على حالةِ المرَضِ يَنْبَغي أنْ يُعْتَبَرَ من الثُّلُثِ، كما لو أنْشأَ العتقَ في المرَضِ، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

وَللعبدَيْنِ حقُّ مُخاصَمةِ المولى فلَهما أنْ يَرْفَعاه إلى القاضي ويَسْتعديا عليه، وإذا استعدَيا عليه أعَداهما القاضي (وأمره القاضي) (٢)، بالبيانِ أعني اختيارَ أحدِهما وجَبرَه عليه بالحبْسِ لو امتنَعَ.

أمّا على مذهب التّنْجيزِ؛ فلأنّ العتقَ نازِلٌ في أحدِ منهما غيرُ عَيْنٍ، وكُلُّ واحدٍ منهما يجوزُ أنْ يكونَ هو الحُرُّ والحُرّيّةُ حقُّه وله فيها حقٌّ.

وأمّا على مذهب التّعليقِ؛ فلأنّ الحُرّيّةَ إنْ لم تَثْبُتْ في أحدِهما فقد يَثْبُتُ حقُّ الحُرّيّةِ أعني العقدَ سببُ ثُبوتِ الحُرّيّةِ من غيرِ ثُبوتِ الحُرّيّةِ أصلاً وهذا حقُّه وله فيه حقٌّ، والبيانُ طريقُ استيفاءِ هذا الحقّ فكان كُلُّ واحدٍ منهما بسبيلٍ من الخُصومةِ والمُطالَبةِ بالبيانِ، وإنّما كان البيانُ إلى المولى؛ لأنّ الإجمالَ منه، فكان البيانُ إليه، كما في بيانِ المُجمَلِ والمُشْتَرَكِ في النُّصوصِ وكَمَنْ أقرّ (٣) بشيءٍ مجهولٍ أو باعَ قَفيزًا من صُبْرةٍ كان البيانُ إليه، كذا هذا.

ثم البيانُ أنواعٌ ثلاثةٌ: نصٌّ ودَلالةٌ وضَرورةٌ، أمّا النّصُّ: فنحوُ أنْ يقولَ المولى

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وأمر».
(٣) في المخطوط: «أمر».

لأحدِهما عَيْنًا: إيّاكَ عَنَيْتُ أو نَوَيْتُ أو أَرَدْتُ بذلك اللّفْظِ الذي ذَكَرْت، أو اخترْتُ أنْ تكونَ حُرًّا باللّفْظِ الذي قُلْتُ، أو أنتَ حُرٌّ بذلك اللّفْظِ الذي قُلْتُ أو بذلك الإعتاقِ، أو أعتقتُكَ بالعتقِ السّابقِ، وغيرِ ذلك من الألفاظِ، فلو [قال: أنتَ حُرٌّ أو أعتقتُك بالعتقِ السّابقِ فإنْ] [١] أرادَ به عِتقًا مُستَأنَفًا، عَتَقا جميعًا، وهذا بالإعتاقِ المُسْتَأنَفِ وذاكَ باللّفظِ السّابقِ؛ لأنّ إنْشاء العتقِ في أحدِهما قبل الاختيارِ اختيارُ العتقِ في الآخَرِ دَلالةً؛ لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وإنْ قال: عَنَيْتُ به الذي لَزِمَني بقولي: أحدُكُما حُرٌّ يُصَدّقُ في القضاءِ، ويُحمَلُ قولُه: أعتقتُكَ على اختيارِ العتقِ، أي اخترْتُ عِتْقَكَ.

وأما الدّلالةُ: فهي أنْ يُخْرِجَ المولى أحدَهما عن ملكِه بالبيعِ أو بالهِبةِ أو بالصّدَقةِ أو بإنْشاءِ العتقِ، أو يَرْهَنَ أحدَهما أو يُؤاجِرَ أو يُكاتِبَ أو يُدَبِّرَ أو يَسْتَوْلِدَ إنْ كانت أمةً؛ لأنّ الأصلَ أنّ مَنْ خُيِّرَ بين أمرَيْنِ ففعل ما يُسْتَدَلُّ به على اختيارِه [٢] أحدَهما، يُجْعَلُ ذلك اختيارًا منه دَلالةً، ويقومُ [٣] ذلك مقامَ النّصِّ؛ كأنّه قال: اخترْتُ. والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال لبَريرةَ: «إنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ، فَلَاخِيَارَ لَكِ» [٤] لما أنّ تمكينَها زوجَها من الوطْءِ دَليلُ اختيارِها زوجَها لا نفسَها؛ فصار هذا أصلًا في الباب.

وهذه التّصرُّفاتُ كُلُّها في أحدِهما دَليلُ اختيارِ العتقِ في الآخَرِ؛ لأنّ منها ما يُنافي اختيارَ العتقِ المُبْهَمِ في المُتَصرّفِ فيه وهي التّصرُّفاتُ [٢/ ١٨٣أ] المُزيلةُ للملكِ ومنها ما لا يُنافي اختيارَ العتقِ المُبْهَمِ في المُتَصرّفِ فيه، لكنّ اختيارَ العتقِ المُبْهَم فيه يُبْطِلُه: وهو الرّهْنُ والإجارةُ والكِتابةُ والتّدْبيرُ والاستيلادُ، والعاقِلُ يقصِدُ صحّةَ تَصرُّفاتِه وسَلامَتِها عن الانتِقاضِ والبُطْلانِ؛ فكان إقدامُه على كِلا النّوعَيْنِ من التّصرُّفاتِ في أحدِهما دَليلًا على اختيارِه العتقَ المُبْهَمَ في الآخَرِ، واختيارُه العتقَ المُبْهَمَ في أحدِهما عَيْنًا شرطٌ لنُزولِ [٥]

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «اختيار».
(٣) في المخطوط: «ولا يقوم».
(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٩٤)، حديث (١٨٥) من حديث عائشة بهذا اللفظ، وأخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: حتى متى يكون لها الخيار، حديث (٢٢٣٦)، وسعيد بن منصور في سننه (٢/ ٢٧١)، حديث (٢٢٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٢٥)، حديث (١٤٠٦١)، بلفظ: «إن قَربَك فلا خيار لك» وضعفه الألباني في الإرواء (١٩٠٨)، وضعيف الجامع (١٢٩٥).
(٥) في المخطوط: «نزول».

العتقِ فيه بالكلامِ السّابقِ .

وهذا التّخْريجُ على قولِ مَنْ يقولُ : إنّ العتقَ غيرُ نازِلٍ في العيْنِ فيهما . فأمّا على قولِ مَنْ يقولُ بنُزولِ العتقِ في أحدِهما غيرُ عَيْنٍ فهو أنّ هذه التّصرُّفاتِ لا صحّة لها بدونِ الملكِ فالإقدامُ عليها يكونُ اختيارًا للملكِ في المُتصرّفِ فيه فتعَيّنَ [١] الآخرُ، فيُعْتَقُ [٢] ضَرورةً من غيرِ اختيارِ المولى نصًّا ودَلالةً [٣]، كما إذا ماتَ أحدُهما قبل الاختيارِ أو قُتِلَ، وسَواءٌ كان البيعُ بَتًّا أو فيه خيارٌ للبائعِ أو للمُشْتَري أمّا على مذهب التّنْجيزِ ؛ فلأنّه لا صحّةَ للبيعِ إلاّ بالملكِ فكان إقدامُه على بيعِ أحدِهما اختيارًا إيّاه للملكِ، فيتعَيّنُ الآخرُ للعِتْقِ ضَرورةً . وأمّا على مذهب التّعليقِ، أمّا خيارُ المُشْتَري فلا يمْنَعُ زوالَ المبيعِ عن ملكِه بلا خلافٍ فينا في اختيارِ العتقِ المُبْهَمِ فيه . وأمّا اختيارُ البائعِ ؛ فلأنّ اختيارَ العتقِ المُبْهَمِ يُبْطِلُ شرطَ الخيارِ .

وسَواءٌ كان البيعُ صَحيحًا أو فاسِدًا إذا قَبضَ المُشْتَري ؛ لأنّه وقَعَ مُزيلاً للملكِ فيتعَيّنُ الآخرُ للعِتْقِ دَلالةً أو ضَرورةً .

وأمّا إذا لم يقبضْ فقد ذَكَرَ في الأصلِ إذا باعَ أحدُهما بيعًا فاسِدًا وقَبَضَ المُشْتَري، عَتَقَ الباقي ولم يَذْكُرْ أنّه إذا لم يقبضْ ماذا حُكمُه .

وهكذا ذَكَرَ محمّدٌ في الإملاءِ إذا وهَبَ أحدَهما وأقبَضَه أو تَصدّقَ وأقبَضَ، عَتَقَ الآخرُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ وعند محمد : لا يعتق، ولم يَذْكُرْ حالَ عَدَمِ القبْضِ .

وذَكَرَ الجصّاصُ : أنّ القبْضَ ليس بشرطٍ ويتعَيّنُ العتقُ في الآخرِ سَواءٌ قَبَضَ المُشْتَري أو لم يقبضْ، وهكذا ذَكَرَ القُدوريُّ وقال : قد ظَهَرَ القولُ من أصحابنا أنّه إذا ساوَمَ بأحدِ العبدَيْنِ، وقَعَ العتقُ في الآخرِ، وهكذا رَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ أنّه لو أوصَى بأحدِهما أو ساوَمَ، عَتَقَ الآخرُ ومعلومٌ أنّ المُساوَمةَ دونَ البيعِ الفاسِدِ فالسّوْمُ لَمّا كان بيانًا فالبيعُ أولى .

وبه تَبيّنَ أنّ ذِكرَ القبْضِ في الأصلِ ليس على سبيلِ الشّرطِ بل وقَعَ ذِكرُه اتّفاقًا أو إشْعارًا، أنّه مع القبْضِ من التّصرُّفاتِ المُزيلةِ للملكِ، ولو عَلّقَ عِتقَ أحدِهما عَيْنًا بشرطٍ

---

(١) في المخطوط : «فيتعين».
(٢) في المخطوط : «للعتق».
(٣) في المخطوط : «أو لا دلالة».

بأنْ قال له: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ، عَتَقَ الآخَرُ أمّا على مذهب التّنجيزِ؛ فلأنّ التّعليقَ بما سِوَى الملكِ وسببه لا يصحُّ إلاّ في الملكِ، فكان الإقدامُ على تَعليقِ عِتْقِه اختيارًا للملكِ [فيه] [١] فيتعَيّنُ الآخَرُ للعِتْقِ ضَرورةً كما لو نَجزَ العتقُ في أحدِهما .

وأمّا على مذهب التّعليقِ؛ فلأنّ اختيارَ العتقِ المُبْهَمِ فيه يُبْطِلُ التّعليقَ بالشّرطِ فصار كما لو دَبّرَ أحدَهما .

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ: أنّه إذا قال لأحدِهما: إنْ دخلتَ الدّارَ فأنتَ حُرٌّ، ثُمّ قال: أحدُكُما حُرٌّ، ثُمّ دخلَ الذي عَلّقَ عِتْقَه بدُخولِ الدّارِ حتّى عَتَقَ، الآخَرُ؛ لأنّ ملكَ المولى زالَ عن أحدِهما لسببٍ من جِهَتِه فصار كما لو أعتَقَه ابتِداءً أو باعَه، وَلو كان الممْلوكانِ أُخْتَيْنِ فوَطِئَ المولى إحداهما فإنْ عَلِقَتْ منه، عَتَقَتِ الأُخرى بالإجماعِ؛ لأنّها صارتْ أمّ ولدٍ له، وقد ذَكَرْنا أنّ الاستيلادَ يكونُ مُعَيِّنًا [٢] للعِتْقِ في الأُخرى، وإنْ لم تعلَقْ [٣] لا تُعْتَقُ الأُخرى في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: تُعْتَقُ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: وكذلك لو [٤] قبّلَ إحداهما بشهوةٍ أو لَمسَ بشهوةٍ أو نَظَرَ إلى فرجِها عن شهوةٍ ولو استخدَمَ إحداهما لا تُعْتَقُ الأُخرى في قولِهم جميعًا؛ لأنّ الاستخدامَ تَصَرُّفٌ لا يختصُّ بالملكِ إذْ [٥] قد يَسْتخدِمُ الحُرّةَ .

وَجهُ قولِهما: أنّ الظّاهرَ من حالِ العاقِلِ المُتَدَيِّنِ الإقدامُ على الوطْءِ [٦] الحلالِ لا [٧] الحرام، وحِلُّ الوطْءِ لا يَثْبُتُ إلاّ بأحدِ نوعَيِ الملكِ ولم يوجدْ [ههنا] [٨] ملكُ النّكاحِ؛ فتعَيّنَ [٩] ملكُ اليمينِ للحِلِّ، وإذا تَعَيّنَتِ الموطوءةُ للملكِ تَعَيّنَتِ الأُخرى للعِتْقِ؛ ولأنّ الوطْءَ لو لم يُجْعَلْ بيانًا فمن الجائزِ أنْ يقعَ اختيارُه على الموطوءةِ؛ فيتبيّنُ أنّه وطِئَ حُرّةً من غيرِ نِكاحٍ [ووطء الحرة من غير نكاح سفاح] [١٠] فيُجْعَلُ الوطْءُ بيانًا ضَرورةَ التّحَرُّجِ عن الحرامِ حالاً ومَآلاً، حتّى لو قال: إحداكُما مُدَبّرةٌ، ثُمّ وطِئَ إحداهما، لا يكونُ بيانًا بالإجماعِ؛ لأنّ التّدْبيرَ لا يُزيلُ ملكَ الاستمْتاعِ فلا حاجةَ إلى التّحَرُّزِ بالبيانِ؛ ولهذا جعل

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «تعيينًا».
(٣) في المخطوط: «يعلق».
(٤) في المخطوط: «إذا».
(٥) في المخطوط: «و».
(٦) في المخطوط: «التصرف».
(٧) في المخطوط: «دون».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «فيتعين».
(١٠) زيادة من المخطوط.

الوطْءَ بيانًا في الطّلاقِ المُبْهَمِ حتّى لو قال لامرأتَيْه : إحداكُما طالقٌ ، فوَطِئَ [١] إحداهما [٢/ ١٨٣ب] طَلُقَتِ الأُخرى ، كذا ههنا .

ولأبي حنيفة: أنّ كونَ الوطْءِ بيانًا للعِتْقِ في غيرِ الموطوءةِ يَسْتَدْعي نُزول العتقِ [في غير المعين] [٢] ؛ ليكونَ الوطء [٣] تعيينًا للمُعْتَقةِ منهما ، والعتقُ بالكلامِ السّابقِ غيرُ نازِلٍ ؛ لما بيّنّا من الدّلائلِ ، وهكذا نَقولُ في الطّلاقِ المُبْهَم : إنّه غيرُ واقعٍ في غيرِ المُعَيّنِ منهما بل هو مُعَلّقٌ بشرطِ الاختيارِ ، إلاّ أنّ هناك جعل الوطْءَ دَلالةَ الاختيارِ ولم يُجْعَلْ ههنا ؛ لأنّ الوطْءَ في باب النّكاحِ مُسْتَحقٌّ على الزّوجِ شرعًا ؛ لقولِه عَزّ وجَلّ : ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة:٢٢٩] قِيلَ في التّفسيرِ : إنّ الإمساكَ بالمعروفِ هو الوطْءُ والنّفقةُ ، وإذا كان الوطْءُ مُسْتَحقًّا بالنّكاحِ عندَ اختيارِ الإمساكِ فإذا قَصَدَ وطْءَ إحداهما صار مُخْتارًا لإمساكِها فيَلْزَمُه إيفاءُ المُسْتَحقِّ شرعًا ضرورةَ اختيارِ الإمساكِ فيصيرُ مُخْتارًا طلاقَ الأُخرى ، والوطْءُ في الأمةِ غيرُ مُسْتَحقٍّ بحالٍ فلا يكونُ وطْءُ إحداهما اختيارًا للعِتْقِ في الأُخرى لو صار مُخْتارًا للإمساكِ إنّما يصيرُ ؛ ليقعَ وطْؤُه حَلالاً تَحَرُّجًا عن الحُرْمةِ ووَطْؤُه إيّاهما جميعًا حَلالٌ ، وباختيارِ إحداهما لا يَظْهَرُ أنّ وطْءَ الموطوءةِ كان حَرامًا ؛ لأنّ العتقَ ثَبَتَ [٤] حالَ الاختيارِ مقصورًا عليها .

وَأمّا الضّرورةُ فنحوُ أنْ يموتَ أحدُ العبدَيْنِ قبل الاختيارِ فيُعْتَقُ الآخَرُ ؛ لأنّه بالموتِ خرج من أنْ يكونَ مَحِلًّا لاختيارِ العتقِ المُبْهَمِ فتَعَيّنَ الآخَرُ ضَرورةً من غيرِ تعيينِ المولى لا نصًّا ولا دَلالةً ، وهذا يَدُلُّ على أنّ العتقَ غيرُ نازِلٍ إذْ لو كان نازِلاً ، لَما تَعَيّنَ الآخَرُ للعِتْقِ ؛ لأنّ التّعْيينَ للضّرورةِ وهي ضَرورةُ عَدَمِ المحِلِّ ولا ضَرورةَ ؛ لأنّ الميّتَ كان مَحِلًّا للبيانِ إذِ البيانُ تعيينٌ لمَنْ وقَعَ عليه العتقُ بالإيجاب السّابقِ وقتَ وجودِه وكان حَيًّا في ذلك الوقتِ ، وهذا بخلافِ ما إذا [٥] باعَ أحدَ عبدَيْه على أنّ المُشْتَرِيَ بالخيارِ ثلاثة أيّامٍ ، فمات أحدُهما أنّ ملكَ المُشْتَري يتعَيّنُ في الميِّتِ منهما ولا يتعَيّنُ في الحيِّ ؛ لأنّ هناكَ وُجِدَ المُسْقِطُ للخيارِ في الميِّتِ قبل الموتِ وهو حُدوثُ العيب فيه ، إذِ الموتُ لا

(١) في المخطوط : «ثم وطئ» .
(٢) زيادة من المخطوط .
(٣) في المطبوع : «العتق» .
(٤) في المخطوط : «يثبت» .
(٥) في المخطوط : «لو» .

يَخْلو عن مُقَدِّمةِ مَرَضٍ عادةً، فحُدوثُ العيب فيه يُبْطِلُ خيارَ المُشْتَري فيه؛ فيتعَيّنُ [بالبيعِ فيتعَيّنُ] (١) الحيُّ للرّدِّ.

وههنا حُدوثُ العيبِ في أحدِهما لا يوجِبُ تعيينَه للملكِ قبل الموتِ فيتعَيّنُ للموتِ فيتعَيّنِ الآخَرُ للعِتْقِ ضَرورةً، بخلافِ ما إذا قال: أحدُ هذَيْنِ ابني أو أحدُ هاتَيْنِ أُمُّ ولدَيْ، فمات أحدُهما لم يتعَيّنِ الآخَرُ للحُرّيّةِ والاستيلادِ، كذا رَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ؛ لأنّ قوله: أحدُ هاتَيْنِ أمُّ ولدي، أو أحدُ هذَيْنِ ابني، ليس بإنْشاءٍ بل هو إخبارٌ عن أمرٍ سابقٍ والإخبارُ يصحُّ في الحيِّ والميِّتِ فيَقِفُ على بيانِه.

وقولُه: أحدُكُما حُرٌّ، أو أحدُ هذَيْنِ حُرٌّ إنْشاءٌ للحُرّيّةِ في أحدِهما، والإنْشاءُ لا يصحُّ إلاّ في الحيِّ، فإذا مات أحدُهما تَعيّنَ الآخَرُ (للحُرّيّةِ، وكذا)(٢) إذا قُتِلَ أحدُهما سَواءٌ (٣) قَتَلَه المولى أو أجنَبيٌّ؛ لما قُلْنا، غيرَ أنّ القتلَ إنْ كان من المولى فلا شيءَ عليه وإنْ كان من الأجنَبيِّ فعليه قيمةُ العبدِ المقتولِ للمولى.

فإنِ اختارَ المولى عِتْقَ المقتولِ لا يَرْتَفِعُ العتقُ عن الحيِّ ولكنْ قيمةُ المقتولِ تكونُ لوَرَثَتِه (٤)؛ لأنّ المولى قد أقَرّ بحُرّيّتِه فلا يَسْتَحِقُّ شيئًا من قيمَتِه.

فإنْ قُطِعَتْ يَدُ أحدِهما لا يُعْتَقُ الآخَرُ سَواءٌ كان القطْعُ من المولى أو من أجنَبيٍّ؛ لأنّ القطْعَ لا يقطَعُ خيارَ المولى لبقاءِ مَحَلِّ الخيارِ بخلافِ القتلِ فإنْ قَطَعَ أجنَبيٌّ يَدَ أحدِهما ثُمّ بيّنَ المولى العتقَ فإنْ بيّنَه في غيرِ المجنيِّ عليه فالأرشُ للمولى بلا شَكٍّ، وإنْ بيّنَه في المجنيِّ عليه ذَكَرَ القُدوريُّ في شرحِه أنّ الأرشَ للمولى أيضًا ولا شيءَ للمجنيِّ عليه من الأرشِ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ أنّ الأرشَ يكونُ للمجنيِّ عليه، وهكذا ذَكَرَ القاضي فيما إذا قَطَعَ المولى، ثُمّ بيّنَ العتقَ أنّه إنْ بيّنَه في المجنيِّ عليه يجبُ عليه أرشُ الأحْرارِ ويكونُ للعبدِ، وعَلّلَ بأنّه أقَرّ على نفسِه بأنّه جَنَى على حُرٍّ، وإنْ بيّنَه في غيرِ المجنيِّ عليه فلا شيءَ على المولى. ولم يَذْكُرِ القُدوريُّ هذا الفصلَ وإنّما ذَكَرَ فصلَ الأجنَبيِّ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وكذلك».

(٣) في المخطوط: «لما قتله سواء».

(٤) في المخطوط: «لورثة المقتول».

وما ذَكَرَه القاضي قياسُ مذهب التّنْجيزِ؛ لأنّ البيانَ يكونُ تعيينًا لمَنْ وقَعَ عليه العتقُ فيتبيّنُ أنّه كان حُرًّا وقتَ وُرودِ الجِنايةِ عليه؛ فوجب [(١)] أرشَ الأحْرارِ على المولى للعبدِ.

وما ذَكَرَه القُدوريُّ قياسُ مذهب التّعليقِ؛ لأنّ العتقَ ثَبَتَ [(٢)] وقتَ [كان] [(٣)] الاختيارِ مقصورًا عليه فلا يَظْهَرُ؛ لأنّ [(٤)] الجِنايةَ صادَفَتْ يَدَ حُرٍّ [(٥)]، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَلو قال: عبدي حُرٌّ، وليس له إلاّ عبدٌ واحدٌ عَتَقَ؛ (لأنّه تَعَيّنَ بالإيجاب) [(٦)] [فانصَرَفَ إليه، فإنْ قال: لي عبدٌ آخَرُ عَنَيْتُه، لم يُصَدّقْ في القضاءِ؛ لأنّه إذا لم يُعْرَفْ له عبدٌ آخَرُ انصَرَفَ إيجابُه إلى هذا العبدِ ظاهرًا، فلا يُصَدّقُ في العُدولِ عن الظّاهرِ إلاّ ببيِّنةٍ تَقومُ على أنّ له عبدًا آخَرَ، ويُصَدّقُ فيما بينه وبين اللّه عَزّ وجَلّ؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه لفظُه] [(٧)].

وَلو قال: أحدُ عَبيدي حُرٌّ، أو أحدُ عبدَيّ حُرٌّ وليس له إلاّ عبدٌ واحدٌ عَتَقَ؛ لأنّ لفظةَ «أحدُ» لا تقتَضي آحادًا.

ألا تَرَى أنّ اللّهَ تعالى موصوفٌ بأنّه أحدٌ قال سبحانه وتعالى: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص:١] ولا مثلَ له ولا شريكَ، ولا أحدَ غيرُه في الأزَلِ.

وَرَوَى بِشْرٌ عن أبي يوسُفَ فيمَنْ كان له ثلاثةُ أعبُدٍ فقال: أحدُ عَبيدي حُرٌّ، أحدُ عَبيدي حُرٌّ، أحدُ عَبيدي حُرٌّ قال ذلك ثلاثًا [٢/ ١٨٤أ] عَتَقوا؛ لأنّ أحدَهم عَتَقَ باللّفْظِ الأوّلِ؛ لأنّه أحدُ عَبيدِه وعَتَقَ الآخَرُ باللّفْظِ الثّاني لهذا المعنى، وقد بقيَ له عبدانِ فيُعْتَقُ [(٨)] أحدهما، وعَتَقَ الثّالِثُ باللّفْظِ الثّالِثِ وإنْ لم يَبْقَ إلاّ عبدٌ واحدٌ، كما لو قال ابتِداءً: أحدُ عَبيدي حُرٌّ، وليس له إلاّ عبدٌ واحدٌ.

ولو قال: أحدُكم حُرٌّ، أحدُكم حُرٌّ أحدُكم حُرٌّ لم يُعْتق إلاّ واحدٌ؛ لأنّ أحدَهم عَتَقَ باللّفْظِ الأوّلِ، ثُمّ باللّفْظِ الثّاني جمع بين حُرٍّ وعبدَيْنِ فقال: أحدُكم حُرٌّ، لم [(٩)] يصحّ،

---

(١) في المطبوع: «فيوجب».
(٢) في المخطوط: «يثبت».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أن».
(٥) في المخطوط: «الآخر».
(٦) في المخطوط: «لأن لفظه تعيين للإيجاب».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «فعتق».
(٩) في المخطوط: «فلا».

ثُمّ باللّفظِ الثّالِثِ جَمع بينِ عبدٍ وحُرّيْنِ فلم يصحّ ذلك أيضًا؛ لأنّه يُحمَلُ على الإخبارِ وهو صادِقٌ فيما أخبَرَ.

وَلو قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ أو مُدَبّرٌ، يُؤْمَرُ بالبيانِ فإنْ قال: عَنَيْتُ به الحُرّيّةَ، عَتَقَ، وإنْ قال: عَنَيْتُ به التّدْبيرَ، صار مُدَبّرًا، وهذا ظاهِرٌ فإنْ مات قبل البيانِ والقولُ في الصِّحّةِ، عَتَقَ نصفُه بالإعتاقِ الباتِّ ونصفُه بالتّدبيرِ لشُيوعِ العتقَيْنِ فيه، إلاّ أنّ نصفَه يُعْتَقُ مَجّانًا من جميعِ المالِ؛ لأنّه يُعْتَقُ بالإعتاقِ الباتِّ في حالةِ الصِّحّةِ، ونصفُه يُعْتَقُ من الثُّلُثِ؛ لأنّه يُعْتَقُ بالتّدْبيرِ، والعتقُ بالتّدْبيرِ يَثْبُتُ من طريقِ الوصيّةِ فيُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ سَواءٌ كان التّدْبيرُ في المرَضِ أو في الصِّحّةِ، إنْ خرج من الثُّلُثِ عَتَقَ كُلُّ النِّصفِ وإنْ لم يكنْ له مالٌ غيرُه عَتَقَ ثُلُثُ النِّصفِ مَجّانًا؛ لأنّ هذا القدرَ لم يتعلّقْ به حقُّ الورَثةِ، ويَسْعَى في ثُلُثَي النِّصفِ وهو ثُلُثُ الكلِّ.

وَلو كانا عبدَيْنِ فقال: أحدُكُما حُرٌّ أو مُدَبّرٌ يُؤْمَرُ بالبيانِ فإنْ مات قبل البيانِ ولا مالَ له غيرُهما والقولُ في الصِّحّةِ عَتَقَ نصفُ كُلِّ واحدٍ منهما للشُّيوعِ إلاّ أنّ الرُّبْعَ من كُلِّ واحدٍ منهما يُعْتَقُ مَجّانًا من جميعِ المالِ لحُصولِه بالإعتاقِ الباتِّ في حالةِ [1] الصِّحّةِ، والرُّبْعُ يُعْتَقُ من الثلثِ لحصولِهِ بالتّدْبيرِ ويسعى كُلُّ واحدٍ منهما في نصفِ قيمَتِه على كُلِّ حالٍ.

وَلو قال: أنتُما حُرّانِ أو مُدَبّرانِ [والمسألةُ بحالِها] [2]، عَتَقَ نصفُ كُلِّ واحدٍ منهما بالإعتاقِ الباتِّ ونصفُ كُلِّ واحدٍ منهما بالتّدْبيرِ، هذا كُلُّه إذا كان القولُ في الصِّحّةِ فإنْ كان في المرَضِ يُعْتَبَرُ ذلك من الثُّلُثِ.

وَلو كان لرجلٍ ثلاثةُ أعبُدٍ فقال: هذا حُرٌّ، أو هذا وهذا، عَتَقَ الثّالِثُ ويُؤْمَرُ بالبيانِ في الأوّلَيْنِ، ولو قال: هذا حُرٌّ، وهذا، أو هذا، عَتَقَ الأوّلُ ويُؤْمَرُ بالبيانِ في الآخَرَيْنِ، وكذلك هذا في الطّلاقِ.

ووَجه الفرقِ: أنّ كلِمةَ «أو» في الفصلِ الأوّلِ دخلَتْ بين الأوّلِ والثّاني فأوجَبَتْ حُرّيّةَ أحدِهما غيرُ عَيْنٍ ثُمّ الثّالِثُ عُطِفَ على الحُرِّ منهما أيهما كان فصار كأنّه قال: أحدُكُما حُرٌّ، [وهذا] [3]. وفي الفصلِ الثّاني أوجَبَ الحُرّيّةَ للأوّلِ عَيْنًا، ثُمّ أدخَلَ كلِمةَ «او» في

---

(١) في المخطوط: «حال».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) ليست في المخطوط.

الثّاني والثّالِثِ فأوجَبَتْ حُرّيّةَ أحدِهما غيرِ عَيْنٍ فعَتَقَ الأوّلُ، ويُؤْمَرُ بالبيانِ في الثّاني والثّالِثِ، وهذا بخلافِ ما إذا قال: إنْ كلّمْتُ هذا أو هذا وهذا فعبدي حُرٌّ، أنّه إنْ كلّمَ الأوّلَ وحْدَه حَنِثَ، وإنْ كلّمَ الثّانيَ أو الثّالِثَ وحْدَه لا يَحْنَثُ ما لم يُكَلِّمْهما جميعًا .

وَلو قال: إنْ كلّمْتُ هذا وهذا، أو هذا فعبدي حُرٌّ، فإنْ كلّمَ الثّالِثَ وحْدَه حَنِثَ، وإنْ كلّمَ الأوّلَ أو الثّانيَ وحْدَه لا يَحْنَثُ ما لم يُكَلِّمْهما جميعًا؛ لأنّ في الفصلِ الأوّلِ جعل شرطَ الحِنْثِ كلامَ الأوّلِ وحْدَه أو كلامَ الثّاني والثّالِثِ جميعًا؛ لأنّه جعل الثّالِثَ معطوفًا على الثّاني بحَرْفِ العطْفِ فقد أدخَلَ كلِمةَ: «او» بين الأوّلِ وحْدَه وبين الثّاني والثّالِثِ جميعًا .

وأمّا في الفصلِ الثّاني: فقد جعل شرطَ الحِنْثِ كلامَ الأوّلِ والثّاني جميعًا أو كلامَ الثّالِثِ وحْدَه؛ لأنّه عَطَفَ الثّاني على الأوّلِ بحَرْفِ العطْفِ وأدخَلَ كلِمةَ «أو» بين الأوّلِ والثّاني جميعًا، والثّالِثُ وحْدَه، واللّه عزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَلو اختَلَطَ (حُرٌّ بعبدٍ) [١] كرجلٍ له عبدٌ فاختَلَطَ بحُرٍّ، (ثُمّ كُلٌّ) [٢] واحدٍ منهما يقولُ: أنا حُرٌّ، والمولى يقولُ: أحدُكُما عبدي، كان [٣] لكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُحلِّفَه باللّه تعالى ما يعلَمُ أنّه حُرٌّ فإنْ حَلِفَ لأحدِهما ونَكَلَ للآخَرِ، فالذي نَكَلَ له حُرٌّ دونَ الآخَرِ، وإنْ نَكَلَ لهما فهما حُرّانِ وإنْ حَلِفَ لهما فقد اختَلَطَ الأمرُ، فالقاضي يقضي بالاختلاطِ ويُعْتِقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفَه بغيرِ شيءٍ ونصفَه بنصفِ القيمةِ، وكذا [٤] لو كانوا ثلاثةً يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهم ثُلُثُه ويَسْعَى في ثُلُثَيْ قيمَتِه، كذا ذَكَرَه الكَرْخيُّ .

وكذلك لو كانوا عشرةً فهو على هذا الاعتبارِ، وهذا كرجلٍ أعتَقَ أحدَ عبدَيْه بعَيْنِه ثُمّ نَسيَه فإنْ بيّنَ فهو على ما بيّنَ، فإنْ [٥] لم يُبيِّنْ وقال: لا أدري أيُّهما حُرٌّ لا يُجْبَرُ على البيانِ ولكنْ يُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه مَجّانًا ونصفُه بنصفِ القيمةِ، كذلك ههنا .

وأمّا النّوعُ الثّاني: وهو ما يتعلّقُ به بعدَ موتِ المولى .

فهو أنّ المولى إذا قال لعبدَيْه: أحدُكُما حُرٌّ لا يَنْوي أحدَهما بعَيْنِه ثُمّ مات قبل الاختيارِ

---

(١) في المخطوط: «عبد بحرّ».
(٢) في المخطوط: «وكل».
(٣) في المخطوط: «فإن».
(٤) في المخطوط: «وكذلك».
(٥) في المخطوط: «وإن».

عَتَقَ [١] من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه؛ لأنّه وقَعَ اليأسُ عن البيانِ [٢/ ١٨٤ب] والاختيارِ، إذْ لا يُمْكِنُه ذلك بنفسِه وهذا الخيارُ لا يورّث حتّى يقومَ الوارِثُ فيه مقامَه فيَشيعُ العتقُ فيهما، إذْ ليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ فيُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه مَجّانًا ويَسْعَى كُلُّ واحدٍ منهما في نصفِ قيمَتِه، وفَصْلُ الشُّيوعِ دَليلُ نُزولِ العتقِ في أحدِهما، إذِ الثّابتُ تَشْييعٌ [٢]، والموتُ ليس بإعتاقٍ، عُلِمَ أنّ الكلامَ السّابقَ وقَعَ تَنْجيزًا [للعِتْقِ] [٣] في أحدِهما ثُمّ فرّقَ بين هذا الخيارِ وبين خيارِ التضمين [٤] في باب البيعِ؛ لأنّ [٥] الوارِثَ هناك يقومُ مقامَ المورث [٦] في البيانِ، وههنا لا.

ووَجه الفرقِ: أنّ هناك مَلَكَ المُشْتَري أحدَ العبدَيْنِ مجهولاً، إذْ كُلُّ واحدٍ منهما مَحِلٌّ [للتملك] [٧]، فإذا مات فالوارِثُ ورِثَ [٨] منه عبدًا مجهولاً، فمَتَى جَرَى الإرثُ ثَبَتَ وِلايةُ التَّعْيينِ، أمّا ههنا فأحدُهما حُرٌّ أو استَحقّ الحُرّيّةَ وذلك يمْنَعُ جَرَيانَ الإرثِ في أحدِهما فيمْنَعُ وِلايةَ التَّعْيينِ، هذا إذا كان المُزاحِمُ له مُحْتَمِلاً للعِتْقِ وهو مِمّنْ يَنْفُذُ إعتاقُه فيه، فأمّا إذا كان مِمّنْ لا يَنْفُذُ إعتاقُه فيه بأنْ جَمع بين عبدِه وعبدِ غيرِه فقال: أحدُكُما حُرٌّ لا يُعْتَقُ عبدُه إلاّ بالنّيّةِ؛ لأنّ قوله أحدُكُما يحتملُ كُلُّ واحدٍ منهما؛ لأنّ عبدَ الغيرِ قابلٌ للعِتْقِ في نفسِه ومُحْتَمِلٌ لنُفوذِ الإعتاقِ فيه في الجملةِ فلا يَنْصَرِفُ إلى عبدِ نفسِه إلاّ بالنّيّةِ، وإنْ كان المُزاحِمُ مِمّنْ لا يحتملُ العتقَ أصلاً [٩]، كما إذا جَمع بين عبدِه وبين بَهيمةٍ أو حائطٍ أو حَجَرٍ فقال: أحدُكُما حُرٌّ، أو قال: عبدي حُرٌّ، أو هذا [وهذا] [١٠]، فإنّ عبدَه يُعْتَقُ في قولِ أبي حنيفةَ نَوَى أو لم يَنْوِ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يُعْتَقُ إلاّ بالنّيّةِ، وكذا إذا جَمع بين عبدِه وبين مَيّتٍ وقد ذَكَرْنا الكلامَ في هذه الجملةِ في (كِتاب الطّلاقِ).

وعلى هذا إذا جَمع بين عبدِه وبين حُرٍّ فقال: أحدُكُما حُرٌّ، أنّه لا يُعْتَقُ عبدُه إلاّ بالنّيّةِ؛ لأنّ صيغَتَه صيغةُ الخبَرِ فيُحمَلُ على الإخبارِ وهو صادِقٌ في إخبارِه مع ما في الحمْلِ عليه تَصْحيحُ تَصَرُّفِه وأنّه أصلٌ عندَ الإمكانِ فيُحمَلُ عليه، إلاّ إذا نَوَى فيُحمَلُ على الإنْشاءِ

---

(١) في المخطوط: «يعتق».
(٢) في المخطوط: «يشيع».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المطبوع: «التعيين».
(٥) في المخطوط: «أن».
(٦) في المطبوع: «الموت».
(٧) في المطبوع: «للملك».
(٨) في المطبوع: «يرث».
(٩) في المخطوط: «رأسًا».
(١٠) ليست في المخطوط.

بِقَرينةِ النِّيّةِ، والحُرُّ لا يحتملُ إنْشاء الحُرّيّةِ فيَنْصَرِفُ إلى العبدِ .

وَلو جَمع بين عبدِه ومُدَبّرِه فقال : أحدُكُما حُرٌّ لا يصيرُ عبدُه مُدَبّرًا إلاّ بالنّيّةِ ويُحمَلُ على الإخبارِ كما في الجمْعِ بين الحُرِّ والعبدِ وَلو جَمع بين عبدَيْه ومُدَبّرِه فقال : اثنانِ منكم مُدَبّرانِ صار أحدُ عبدَيْه مُدَبّرًا ويُؤْمَرُ بالبيانِ؛ لأنّ قوله : اثنانِ منكُم، يُصْرَفُ أحدُهما إلى المُدبّرِ ويكونُ إخبارًا عن تَدْبيرِه، إذِ الصّيغةُ للخَبَرِ في الوضْعِ وهو صادِقٌ في هذا الإخبارِ، والآخَرُ يُصْرَفُ إلى أحدِ العبدَيْنِ فيكونُ إنْشاءً للتّدْبيرِ في أحدِهما إذْ لا يُمْكِنُ حَمْلُه على الخبَرِ ؛ لأنّه يكونُ كذِبًا فيُحمَلُ على الإنْشاءِ كأنّه قال للمُدبّرِ : هذا مُدَبّرٌ، وأحدُ العبدَيْنِ مُدَبّرٌ؛ فيُؤْمَرُ بالبيانِ كما لو قال ذلك ابتِداءً لعبدَيْه [1] : أحدُكُما مُدَبّرٌ، فإنْ مات المولى قبل البيانِ انقَسَمَ تَدْبيرُ رَقَبةٍ بين العبدَيْنِ نصفَيْنِ، فيُعْتَقُ المُدَبّرُ المعروفُ من الثُّلُثِ ويُعْتَقُ نصفُ كُلِّ واحدٍ من العبدَيْنِ من الثُّلُثِ؛ لأنّ التّدْبيرَ وصيّةٌ والوصيّةُ تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ سَواءٌ كان في المرَضِ أو في الصِّحّةِ . وهذا كما لو جَمع بين عبدَيْنِ وحُرٍّ فقال : اثنانِ منكُم حُرّانِ، أنّه يُصْرَفُ أحدُهما إلى الإخبارِ عن حُرّيّةِ أحدِهم والآخَرُ إلى إنْشاءِ الحُرّيّةِ في أحدِ العبدَيْنِ لا غيرُ، كأنّه قال للحرّ : إنَّ هذا حُرٌّ، وأحدُ العبدَيْنِ حُرٌّ، فيُؤْمَرُ بالبيانِ، فإنْ مات قبل البيانِ عَتَقَ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه لشُيوعِ العتقِ فيهما، كذا هذا .

وَلو كان له ثلاثةُ أعبدٍ دخلَ عليه اثنانِ فقال : أحدُكُما حُرٌّ ثُمّ خرج أحدُهما ودخلَ الآخَرُ فقال : أحدُكُما حُرٌّ، فالكلامُ في هذه المسألةِ [2] في الأصلِ يقعُ في موضِعَيْنِ :

أحدُهما: يتعلّقُ (في حالِ) [3] الحياةِ .

والثاني: يتعلّقُ بحالِ الموتِ .

أمّا الأوّلُ: فما دامَ المولى حَيًّا يُؤْمَرُ بالبيانِ، ثُمّ إنْ بَدَأَ بالبيانِ للإيجاب الأوّلِ فإنْ عَنَى به الخارِجَ عَتَقَ الخارِجُ بالإيجاب الأوّلِ، وتَبيّنَ أنّ إيجابَ الثّاني بين الثّابتِ والدّاخِلِ وقَعَ صَحيحًا ؛ لوُقوعِه بين عبدَيْنِ فيُؤْمَرُ بالبيانِ لهذا الإيجاب، وإنْ عَنَى بالإيجاب الأوّلَ الثّابتَ عَتَقَ الثّابتُ بالإيجاب الأوّلِ، وتَبيّنَ أنّ الإيجابَ الثّانيَ وقَعَ لَغْوًا ؛ لحُصولِه بين حُرٍّ وعبدٍ في [جواب] [4] ظاهرِ الرِّوايةِ .

---

(١) في المخطوط : «للعبدين».

(٢) في المخطوط : «الجملة».

(٣) في المخطوط : «بحال».

(٤) زيادة من المخطوط .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: الكلامُ الثّاني يَنصَرِفُ إلى الدّاخِلِ وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ على قولِه إذا جَمع بين حُرٍّ وعبدٍ فقال: أحدُكُما حُرٌّ يَنبَغي أنْ يَنْصرِفَ إلى العبدِ وليس كذلك بالإجماعِ، وإنْ بَدَأ بالبيانِ للإيجاب الثّاني فإنْ عَنَى به الدّاخِلَ عَتَقَ الدّاخِلُ [عَتَقَ] [١] بالإيجاب الثّاني، وبقيَ الإيجابُ الأوّلُ بين [٢] الخارِجِ والثّابتِ على حالِه كما كان، فيُؤْمَرُ بالبيانِ كما كان وإنْ عَنَى به الثّابتَ عَتَقَ الثّابتُ بالإيجاب الثّاني [٢/ ١٨٥أ] وعَتَقَ الخارجُ بالإيجاب الأوّلِ؛ لتعيينِه للعِتْقِ بإعتاقِ الثّابتِ .

وأمّا الذي يتعلّقُ بما بعدَ الموتِ فهَهنا حالانِ: حالُ ما بعدَ موتِ العبدَيْنِ، وحالُ ما بعدَ موتِ المولى، أمّا موتُ العَبْدِ: فإنْ مات الخارجُ عَتَقَ الثّابتُ بالإيجاب الأوّلِ، وتَبيّنَ أنّ الإيجابَ الثّاني وقَعَ باطِلاً، وإنْ مات الثّابتُ عَتَقَ الخارجُ بالإيجاب الأوّلِ، والدّاخِلُ بالإيجاب الثّاني؛ لأنّ الثّابتَ قد أُعيدَ عليه الإيجابُ، فعِتْقُه يوجِبُ تعيينَ كُلِّ واحدٍ منهما للعِتْقِ، وإنْ مات الدّاخِلُ يُؤْمَرُ المولى بالبيانِ للإيجاب الأوّلِ، فإنْ عَنَى به الخارجَ عَتَقَ الخارجُ بالإيجاب الأوّلِ [٣] وبقيَ الإيجابُ الثّاني بين الدّاخِلِ والثّابتِ، فيُؤْمَرُ بالبيانِ، وإنْ عَنَى به الثّابتَ تَبيّنَ أنّ الإيجابَ الثّاني وقَعَ باطِلاً .

وأمّا موتُ المولى قبل البيانِ فإنْ كان القولُ منه في الصِّحّةِ يُعْتَقُ من الخارِجِ نصفُه، ومن الثّابتِ ثلاثةُ أرباعِه بلا خلافٍ بين أصحابنا .

واختَلَفوا في الدّاخِلِ قال أبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ: يُعْتَقُ من الدّاخِلِ نصفُه، وقال محمّدٌ: رُبْعُه، أمّا في مسألةِ الوِفاقِ؛ فلأنّ المولى إنْ كان عَنَى بالإيجاب الأوّلِ الخارجَ عَتَقَ كُلُّه ولم يُعْتق به الثّابتُ، وإنْ كان عَنَى به الثّابتَ عَتَقَ الثّابتُ كُلُّه ولم يُعْتق به الخارجُ، وكُلُّ واحدٍ منهما يُعْتَقُ في حالٍ ولا يُعْتَقُ في حالٍ فيتنصّفُ فيُعْتَقُ من كُلِّ واحدٍ منهما نصفُه بالإيجاب الأوّلِ، ثُمّ الثّابتُ بالإيجاب الثّاني يُعْتَقُ نصفُه الباقي [٤] في حالٍ ولا يُعْتَقُ في حالٍ، فيتنصّفُ ذلك النّصفُ فيُعْتَقُ رُبْعُه بالإيجاب الثّاني وقد عَتَقَ نصفُه بالإيجاب الأوّلِ؛ فيُعْتَقُ ثلاثةُ أرباعِه .

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «هو».
(٣) زاد في المخطوط: «والثابت بالإيجاب الثاني، فإن عني به».
(٤) في المخطوط: «الثاني».

وأمّا مسألةُ الخلافِ، فأمّا وجه قولِ محمّدٍ فهو: أنّ الإيجابَ الثّانيَ يصحُّ في حالٍ ولا يصحُّ في حالٍ؛ لأنّه إنْ كان المولى عَنَى بالإيجاب الأوّلِ الخارجَ يصحُّ الإيجابُ الثّاني؛ لأنّ الثّابتَ يَبْقَى رَقيقًا فيقعُ الإيجابُ الثّاني جَمْعًا بين العبدَيْنِ فيصحُّ، وإنْ كان عَنَى به الثّابتَ لا يصحُّ؛ لأنّه يقعُ جَمْعًا بين الحُرِّ والعبدِ فيَلْغو؛ فيصحُّ الإيجابُ الثّاني في حالٍ ولم يصحّ في حالٍ، فلا يُثْبتُ إلاّ نصفَ حُرّيّةٍ فيُقْسَمُ [1] بين الثّابتِ والدّاخِلِ، فيُصيبُ كُلّ واحدٍ منهما الرُّبْعُ.

ولهما: أنّ الإيجابَ الثّاني إنّما يَدورُ بين الصِّحّةِ والبُطْلانِ إذا نزل العتقُ بالإيجاب الأوّلِ في غيرِ المُعَيّنِ منهما ولم يَنْزِلْ؛ لما ذَكَرْنا من الدّلائلِ فيما تَقَدّمَ فكان الإيجابُ الثّاني صَحيحًا في الحالَيْنِ جميعًا، فلَمّا مات المولى قبل البيانِ أصابَ الدّاخِلَ من هذا الإيجاب نصفُ حُرّيّةٍ، ثُمّ إنْ كان عَنَى به الثّابتَ عَتَقَ به النِّصفُ الباقيَ ولا يُعْتَقُ الدّاخِلُ، وإنْ كان عَنَى به الدّاخِلَ عَتَقَ كُلُّه ولا يُعْتَقُ شيءٌ من النِّصفِ الباقي من الثّابتِ، فكُلُّ واحدٍ منهما يَثْبُتُ في حالٍ ولا يَثْبُتُ في حالٍ فيتنصّفُ فيُعْتَقُ من الثّابتِ رُبْعُه ومن الدّاخِلِ نصفُه.

والدّليلُ على أنّ ما ذَكَرَه محمّدٌ غيرُ سَديدٍ أنّ الإيجابَ الثّانيَ لو كان تَرَدّدَ [2] بين الصِّحّةِ وعَدَمِ [3] الصِّحّةِ لَبَطَلَ أصلاً ورأسًا؛ لأنّ مَنْ جمع بين حُرٍّ وعبدٍ، وقال: أحدُكما حُرٌّ، يَبْطُلُ أصلاً ورأسًا ومحمّدٌ اعتبَرَ الإيجابَ الثّانيَ حيثُ قال بثُبوتِ نصفِ حُرّيّةٍ بين الثّابتِ والدّاخِلِ، هذا إذا كان القولُ منه في الصِّحّةِ، فإنْ كان في المرَضِ فإنْ كان له مالٌ آخَر، يَخْرُجونَ من الثُّلُثِ أو لا يَخْرُجونَ، لكنْ إنْ أجازَتِ الورَثةُ فكذلك الجوابُ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ سِوَى هؤلاء ولم تُجزِ الورَثةُ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهم على قدرِ وصيّتِهم؛ لأنّ الإعتاقَ في مَرَضِ الموتِ وصيّةٌ والوصيّةُ نَفاذُها من الثُّلُثِ؛ فيُضْرَبُ كُلُّ واحدٍ منهم بمِقْدارِ وصيّتِه، فوَصيّةُ الخارجِ نصفُ الرّقَبةِ ووَصيّةُ الثّالِثِ ثلاثةُ أرباعِ الرّقَبةِ ووَصيّةُ الدّاخِلِ نصفُ الرّقَبةِ على أصلِهما، فيُجْعَلُ كُلُّ واحدٍ [4] على أربعةِ أسهمٍ؛ لحاجَتِنا إلى ثلاثةِ الأرباعِ، فالخارجُ يُضْرَبُ بنصفِ الرّقَبةِ وذلك سَهْمانِ والثّابتُ يُضْرَبُ بثلاثةِ أرباعِ الرّقَبةِ وذلك ثلاثةُ أسهمٍ، والدّاخِلُ يُضْرَبُ بنصفِ الرّقَبةِ وذلك سَهْمانِ، فتُجْمَعُ وصاياهم

---

(١) في المخطوط: «فتنقسم».
(٢) في المخطوط: «يتردد».
(٣) في المخطوط: «وبين عدم».
(٤) في المخطوط: «رقبة».

فتَصيرُ سَبْعَةَ أسهمٍ، فيُجْعَلُ ثُلُثُ المالِ مبلَغَ الوصايا وذلك سَبْعةُ أسهمٍ، فيكونُ ثُلُثا المالِ أربعةَ عشرَ سَهْمًا ضرورةً فيكونُ جميعُ المالِ أحدًا وعِشرينَ، فصار كُلُّ عبدٍ سَبْعةَ أسهمٍ؛ لأنّ مالَه ثلاثةُ أعبُدٍ وقد صار مالُه كُلُّه أحدًا وعِشْرينَ سَهْمًا، فيُخْرج منه سِهامُ العتقِ وسِهامُ السِّعايةِ فالخارجُ يُعْتَقُ منه سَهْمانِ من سَبْعةٍ ويَسْعَى في خمسةِ أسهمٍ، والثّابتُ يُعْتَقُ منه ثلاثةُ أسهمٍ من سَبْعةٍ ويَسْعَى في أربعةِ أسهمٍ. والدّاخِلُ يُعْتَقُ منه سَهْمانِ [من سَبْعةٍ][1] ويَسْعَى في خمسةِ أسهمٍ كالخارجِ، وإذا صار سِهامُ الوصايا سَبْعةً تَصيرُ سِهامُ الورَثةِ أربعةَ عشرَ ضَرورةً، فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ، وهذا التّخْريجُ على قولِهما.

وأمّا على قولِ محمّدٍ فالخارجُ يُضْرَبُ بسَهْمَيْنِ والثّابتُ بثلاثةٍ والدّاخِلُ بسَهْمٍ فذلك سِتّةُ أسهمٍ، فصار ثُلُثُ [٢/ ١٨٥ب] المالِ سِتّةُ أسهمٍ فيكونُ ثُلُثاه مثليه وذلك اثنَيْ عشرَ، فيصيرُ جميعُ المالِ ثَمانيةَ عشرَ، فصار كُلُّ عبدٍ سِتّةَ أسهمٍ يَخْرُجُ منها سِهامُ العتقِ وسِهامُ السِّعايةِ، فيُعْتَقُ من الخارجِ سَهْمانِ ويَسْعَى في أربعةِ أسهمٍ، ويُعْتَقُ من الثابتِ ثلاثةُ أسهمٍ ويَسْعَى في ثلاثةٍ ويُعْتَقُ من الدّاخِلِ سَهْمٌ واحدٌ ويَسْعَى في خمسةِ أسهمٍ، فصار للورَثةِ اثنَيْ عشرَ ولأصحاب الوصايا سِتّةٌ، فاستَقامَ الثُّلُثُ والثُّلُثانِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا الجهالةُ الطّارئةُ بأنْ أضافَ صيغةَ الإعتاقِ إلى أحدِهما بعَيْنِه ثُمّ نَسيَه فالكلامُ في هذا الفصلِ أيضًا في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في كيْفيّةِ هذا التّصرُّفِ.

والثّاني: في الأحْكامِ المُتَعَلِّقةِ به أمّا الأوّلُ فلا خلافَ في أنّ أحدَهما حُرٌّ قبل البيانِ لأنّ الصّيغةَ أُضيفَتْ إلى مُعَيّنٍ والمُعَيّنُ مَحَلٌّ لنُزولِ العتقِ فيه فكان البيانُ في هذا النّوعِ إظهارًا وتعيينًا لمَنْ نزل فيه العتقُ.

وأمّا الثّاني: فالأحْكامُ المُتَعَلِّقةُ به ضَرْبانِ أيضًا:

ضَرْبٌ يتعلّقُ به في حالِ حَياةِ المولى، وضَرْبٌ يتعلّقُ به بعدَ موتِه.

أمّا الأوّلُ: فنَقولُ: إذا أعتَقَ إحدى جاريتَيْه بعَيْنِها ثُمّ نَسيَها أو أعتَقَ إحدى جَواريه العشرةِ بعَيْنِها ثُمّ نَسيَ المُعْتَقةَ فإنّه يُمْنَعُ من وطْئِهِنّ واستخدامِهنّ؛ لأنّ واحدةً منهُنّ حُرّةٌ بيقينٍ

---

(١) ليست في المخطوط.

فكُلُّ [١] واحدةٍ يُحتَمَلُ أنْ تكونَ هي الحُرّةُ ووَطْءُ الحُرّةِ من غيرِ نِكاحٍ حَرامٌ فلو قَربَ واحدةً منهنّ رُبّما يقربُ الحُرّةَ فيُمْنَعُ من ذلك صيانةً عن الحرامِ.

والأصلُ في هذا الباب: ما رَوَيْنا من حَديثِ وابصةَ بنِ معبَدٍ رضي الله عنه [وروى] [٢] عن رسولِ اللّه ﷺ [أنّه قال] [٣]: «أَلَا إنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى، وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ، فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ» [٤] ولا يجوزُ أنْ يَطَأَ واحدةً منهُنّ بالتّحَرّي؛ لما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ، فلو أنّه وطِئَ واحدةً منهُنّ فحُكمُه نَذْكُرُه هُنا، والحيلةُ في أنْ يُباحَ له وطْؤُهُنّ أنْ يعقِدَ عليهِنّ عقدَ النّكاحِ فتَحِلُّ له الحُرّةُ منهُنّ بالنّكاحِ [٥] والرّقيقةُ بملكِ اليمينِ.

وَلو خاصَمَ العبدانِ المولى إلى القاضي وطَلَبا منه البيانَ أمره القاضي بالبيانِ ولو امتنَعَ حَبَسَه لِيُبيِّنَ، كذا ذَكَرَه الكَرْخيُّ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ بيَقينٍ والحُرّيّةُ حقُّه أو له فيها حقٌّ، ولِكُلِّ صاحِب حقٍّ أنْ يَطْلُبَ حقّه، وإذا امتنَعَ من الإيفاءِ يُجْبَرُ عليه.

وَلو ادّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّه هو الحُرُّ ولا بيِّنةَ له، وجَحَدَ المولى، فطَلَبا يمينَه، استَحْلَفَه القاضي لكُلِّ واحدٍ منهما [باللّه عَزّ وجَلّ ما أعتقَه] [٦]؛ لأنّ الاستِحْلافَ لفائدةِ النُّكولِ والنُّكولُ بَذْلٌ أو إقرارٌ، والعتقُ يحتملُ كُلّ ذلك، (ثُمّ إنْ) [٧] نَكَلَ لهما عَتَقا؛ لأنّه بَذَلَ لهما الحُرّيّةَ أو أقَرّ بها لهما، وإنْ حَلَفَ لهما يُؤْمَرُ بالبيانِ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ بيَقينٍ وحُرّيّتُه لا تَرْتَفِعُ باليمينِ، وما ذَكَرْنا من رِوايةِ ابنِ سِماعةَ عن محمّد في الطّلاقِ يكونُ ذلك رِوايةً في العتاقِ وهو أنّهما إذا استَحْلَفا فحَلَفَ المولى للأوّلِ، يُعْتَقُ الذي لم يَحْلِفْ له؛ لأنّه لَمّا حَلَفَ للأوّلِ: واللّه ما أعتَقَه فقد أقَرّ برِقِّه فيتعَيّنُ الآخَرُ للحُرّيّةِ، كما إذا قال ابتِداءً لأحدِهما عَيْنًا: هذا عبدٌ، وإنْ لم يَحْلِفْ له عَتَقَ هو؛ لأنّه بَذَلَ له الحُرّيّةَ أو أقَرّ.

---

(١) في المخطوط: «وكل». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، برقم (٥٢)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، برقم (١٥٩٩)، وأبو داود، (٣٣٢٩)، والترمذي، (١٢٠٥)، والنسائي، (٤٤٥٣)، وابن ماجه، (٣٩٨٤)، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(٥) في المخطوط: «بعقد النكاح». (٦) ليست في المخطوط.

(٧) في المخطوط: «فإن».

وإنْ تَشاحّا في اليمينِ حَلَفَ لهما جميعًا باللّه عَزّ وجَلّ ما أعتَقَ واحدًا منهما، فإنْ حَلَفَ لهما فإنْ كانا أَمَتَيْنِ يُحْجَبُ [عنهما] (١) حتى يُبيِّنَ؛ لما ذَكَرْنا أنّ حُرّيّةَ (٢) إحداهما لا تَرْتَفِعُ بالحلِفِ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويّ أنّ المولى لا يُجْبَرُ على البيانِ في الجهالةِ الطّارِئةِ إذا لم يتذَكّرْ لما فيه من استِرْقاقِ الحُرّ؛ لأنّ أحدَهما حُرٌّ بيَقينٍ بخلافِ الجهالةِ الأصليّةِ؛ لأنّ ثَمّةَ الحُرّيّةِ غيرُ نازلةٍ في المحَلّ في أصَحّ القوليْنِ فلم يكنْ في البيانِ استِرْقاقُ الحُرّ، [ثُمّ] (٣) البيانُ في هذه الجهالةِ نوعانِ: نصٌّ، ودَلالةٌ أو ضَرورةٌ أمّا نصٌّ: فنحوُ أنْ يقول المولى لأحدِهما عَيْنًا: هذا الذي كُنْتُ أعتقتُه ونَسيتُ.

وأمّا الدّلالةُ أو الضّرورةُ: فهي أنْ يقول أو يفعلَ ما يَدُلُّ على البيانِ، نحوُ أنْ يتصَرّفَ في أحدِهما تَصَرُّفًا لا صحّةَ له بدونِ الملكِ من البيعِ والهِبةِ والصّدَقةِ والوصيّةِ والإعتاقِ والإجارةِ والرّهْنِ والكِتابةِ والتّدْبيرِ والاستيلادِ إذا كانتا جاريتيْنِ؛ لأنّ هذه التّصَرُّفاتِ لا صحّةَ لها إلاّ في الملكِ فكان إقدامُه دَليلَ اختيارِه الملكَ في التّصَرُّفِ فيه، وتَعَيّنَ الآخَرُ للعِتْقِ.

وكذا إذا كانا أَمَتَيْنِ فوَطِئَ إحداهما، عَتَقَتِ الأُخرى بلا خلافٍ؛ لأنّ إحداهما حُرّةٌ بيَقينٍ فكان وطْءُ إحداهما تَعَيُّنًا لها للرّقّ، والأُخرى للعِتْقِ، وتعيينُ الأُخرى للعِتْقِ ضَرورةَ انتِفاءِ المُزاحِمِ، بخلافِ الجهالةِ الأصليّةِ على أصلِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ العتقَ غيرُ نازلٍ في إحداهما فكانت كُلُّ واحدةٍ منهما حَلالَ الوطْءِ.

وإنْ كُنّ عشرًا فوَطِئَ إحداهُنّ تَعَيّنَتِ الموطوءةُ للرّقّ [حَمْلاً لأمرِه على الصّلاحِ] (٤)، وتَعَيّنَتِ الباقياتُ؛ لكَوْنِ المُعْتَقةُ فيهِنّ دَلالةً أو ضَرورةً فيتعَيّنُ البيانُ نصًّا أو [٢/ ١٨٦أ] دَلالةً.

وكذا لو وطِئَ الثّانيةَ والثّالِثةَ إلى التّاسِعةِ، فتَتَعَيّنُ الباقيةُ وهي العاشرةُ للعِتْقِ؛ لأنّ فعلَه يُحمَلُ على الجوازِ ولا جَوازَ له إلاّ في الملكِ فكان الإقدامُ على وطْئِهِنّ تعيينًا لهُنّ للرّقّ، والباقيةُ للعِتْقِ أو تَتَعَيّنُ الباقية ضَرورةً وإلاّ حَسُنَ أنْ لا يَطَأَ واحدةً منهُنّ؛ لاحتمالِ أنْ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «حرمة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

تكونَ الموطوءةُ هي الحُرّةُ فلو أنّه وطِئ، فحُكمُه ما ذكَرْنا .

وَلو ماتتْ واحدةٌ منهُنّ قبل البيانِ، فالأحْسَنُ أنْ لا يَطَأ الباقياتِ قبل البيانِ؛ لاحتمالِ أنْ تكونَ المُعْتَقةُ فيهِنّ، فلو أنّه وطِئَهُنّ قبل البيانِ جاز؛ لأنّ فعلَ المسلم العدْلِ محمولٌ على الجوازِ ما أمكَنَ، وأمكَنَ ههنا بأنْ يُحمَلُ على أنّه قد تَذَكّرَ أنّ المُعْتَقةَ منهُنّ هي الميّتةُ؛ لأنّ البيانَ في هذا النّوعِ من الجهالةِ إظهارٌ وتعيينٌ لمَنْ نزلتْ فيه الحُرّيّةُ من الأصلِ فلم تَكُنِ الحياةُ شرطًا لمَحَلّيّةِ البيانِ، وكان إقدامُه على وطْئِهِنّ تعيينًا للمَيّتةِ للعِتْقِ، والباقياتِ للرّقِّ دَلالةً أو تَتَعَيّنُ الباقياتُ للرّقِّ ضرورةً، بخلافِ الجهالةِ الأصليّةِ إذا ماتتْ واحدةٌ منهُنّ أنّ الميّتةَ لا تَتَعَيّنُ للحُرّيّةِ؛ لأنّ الحُرّيّةَ هناك غيرُ نازِلةٍ في إحداهُنّ وإنّما تَنْزِلُ عندَ وجودِ الشّرطِ وهو الاختيارُ مقصورًا عليه والمحِلُّ ليس بقابلٍ للحُرّيّةِ وقتَ الاختيارِ فهو الفرقُ .

ولو كانتا اثنَتَيْنِ فماتتْ واحدةٌ منهما لا تَتَعَيّنُ الباقيةُ للعِتْقِ؛ لأنّ الميّتةَ لم [١] تَتَعَيّنُ للرّقِّ لانعِدامِ دَليلٍ يوجِبُ التّعْيينَ فلا تَتَعَيّنُ الأُخرى للعِتْقِ ضَرورةً، فوَقَفَ تعيينُها للعِتْقِ على البيانِ نصًّا أو دَلالةً، إذِ الميّتةُ لم تخرُجْ عن كونِها مَحِلًّا للبيانِ إذِ البيانُ في هذا النّوعِ إظهارٌ وتعيينٌ، بخلافِ النّوعِ الأوّلِ في أصَحِّ القولَيْنِ .

وَلو قال المولى: هذا مَمْلوكٌ، وأشارَ إلى أحدِهما، يتعَيّنُ [٢] الآخَرُ للعِتْقِ دَلالةً أو ضَرورةً، وَلو باعَهما جميعًا صَفْقةً واحدةً كان البيعُ فاسِدًا؛ لأنّه باعَ حُرًّا وعبدًا صَفْقةً واحدةً ولم يُبيِّنْ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ، وكذا لو كانوا عشرةً فباعَهم صَفْقةً واحدةً، ويُفْسَخُ البيعُ في الكُلِّ، ولو باعَهم على الانفِرادِ جاز البيعُ في التّسعةِ ويتعَيّنُ العاشرُ للعِتْقِ . كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ؛ لأنّ بيعَ كُلِّ واحدٍ منهم اختيارُ إيّاه للرّقِّ ويتعَيّنُ الباقي للعِتْقِ دَلالةً أو يتعَيّنُ ضَرورةَ عَدَمِ المُزاحِمِ .

كما [فيما] [٣] لو وطِئَ عشرةُ نَفَرٍ لكُلِّ واحدٍ منهم جاريةٌ فأعتَقَ واحدٌ منهم جاريته ولا يُعْرَفُ المُعْتَقُ فلِكُلِّ واحدٍ منهم أنْ يَطَأ جاريته وأنْ يتصَرّفَ فيها تَصَرُّفَ المُلّاكِ؛ [لأنّ الجهالةَ تَمَكّنَتْ في الجانِبينِ جميعًا المُعْتَقِ والمُعْتِقِ فوَقَعَ الشّكُّ في الطّرَفَيْنِ، فلا يُزالُ

---

(١) في المخطوط: «لا». (٢) في المخطوط: «تعين».

(٣) زيادة من المخطوط.

اليقينُ بالشّكِّ] [١]، بخلافِ ما إذا كانتِ الجواري لواحدٍ فأعتَقَ واحدةً منهُنّ ثُمّ نَسيَها، أنه يُمْنَعُ من وطْءِ الكُلِّ؛ لأنّ الجهالةَ هناك لم تَقَعْ (إلاّ في) [٢] أحدِ الجانِبين، فلم يقع الشّكُّ إلاّ في أحدِ الجانِبينِ، إذِ المُعْتِقُ على يَقينٍ من حُرّيّةِ إحداهُنّ وكُلُّ واحدةٍ تُحْتَمَلُ أنْ تكونَ هي الحُرّةُ فيُمْنَعُ من وطْئِهِنّ، ولو دخلَ الكُلُّ في ملكِ أحدِهم، صار كأنّ الكُلّ كُنّ في ملكِه فأعتَقَ واحدةً منهُنّ ثُمّ جهِلَها.

وَامّا الثّاني: فهو أنّ المولى إذا مات قبل البيانِ يُعْتَقُ من كُلِّ واحدةٍ منهما نصفُه مَجّانًا بغيرِ شيءٍ ونصفُه بالقيمةِ، فتَسْعَى كُلُّ واحدةٍ منهما في نصفِ قيمَتِها للوَرَثةِ؛ لما ذَكَرْنا في الجهالةِ الأصليّةِ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فَصْلٌ [فيما يظهر به حكمه]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به حُكمُه فالمُظْهِرُ له شيئانِ:

احدُهما: الإقرارُ.

والثاني: البيِّنةُ.

اما الأوّلُ [٣]: فلا شَكّ أنّ (الإقرارَ من) [٤] المولى بإعتاقِ عبدِه يَظْهَرُ به العتقُ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ الإنسانَ لا يُقِرُّ على نفسِه كاذِبًا، فيُصَدّقُ في إقرارِه على نفسِه، [ولا يقبَلُ على غيرِه لكَوْنِه شهادةً على الغيرِ، وشهادةُ الفردِ غيرُ مقبولةٍ] [٥]، ولو أقَرّ بحُرّيّةِ عبدِ غيرِه ثُمّ اشتَراه، عَتَقَ عليه؛ لأنّ إقرارَه على نفسِه مقبولٌ ولا يُقْبَلُ على [٦] غيرِه لكَوْنِه شهادةً على الغيرِ وشهادةُ الفردِ غيرُ مقبولةٍ، فإذا اشتَراه فقد زالَ المانِعُ من تقييدِه في حقِّه فيُعْتَقُ عليه.

وَأمّا البيِّنةُ: فجملةُ الكلامِ فيها أنّه لا خلافَ في أنّها تُقْبَلُ على عِتْقِ الممْلوكِ إذا ادّعَى الممْلوكُ العتقَ وأنْكَرَ المولى سَواءٌ كان الممْلوكُ عبدًا أو جاريةً، فأمّا إذا لم يَدّعِ وأنْكَرَ العتقَ، والمولى أيضًا مُنْكِرٌ فهل تُقْبَلُ الشّهادةُ على عِتْقِه من غيرِ دَعْواه؟

فإنْ كان الممْلوكُ جاريةً تُقْبَلُ بالإجماعِ، وإنْ كان عبدًا لا تُقْبَلُ في قولِ أبي حنيفةَ،

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «الإقرار».
(٤) في المخطوط: «إقرار».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «في حق».

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ تُقْبَلُ، من أصحابنا مَنْ حَمَلَ [(١)] المسألةَ على أنّ عِتْقَ العبدِ حقُّ العبدِ عندَ أبي حنيفةَ والشّهادةُ على حُقوقِ العِبادِ لا تُقْبَلُ من غيرِ دَعاويهم كالأموالِ وسائرِ حُقوقِ العِبادِ، وعندَهما هي حقُّ اللّه تعالى والشّهادةُ على حُقوقِ اللّه عَزّ وجَلّ مقبولةٌ من غيرِ دَعْوَى أحدٍ، كالشّهادةِ على إعتاقِ الإنسانِ أمَتَه وتطليقِه امرأتَه، والشّهادةِ على أسباب الحُدودِ الخالِصةِ للّه عَزّ وجَلّ من الزّنا والشُّرْب والسُّكرِ، إلاّ السّرِقةَ فإنّه شُرِطَ فيها الدّعوى لتَحْقيقِ السّبَب، إذْ لا يَظْهَرُ [٢/ ١٨٦ب] كونُ الفعلِ سَرِقةً [شرعًا] [(٢)] بدونِ الدّعوى؛ لما نَذْكُرُ في كِتاب السّرِقةِ فنَتَكَلّمُ في المسألةِ بناءً وابتِداءً.

أمّا البناءُ، فوَجْه قولِهما: أنّ في الإعتاقِ تَحْريمَ الاستِرْقاقِ وحُرْمةُ الاستِرْقاقِ حقُّ اللّه تعالى قال النّبيُّ ﷺ: «ثَلاثَةٌ أَنا خَصْمُهُمْ، وَمَنْ كُنتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ يَوْمَ الْقِيامَةِ»، وذَكَرَ من جملَتِها «رَجُلًا بَاعَ حُرًّا وَأَكَلَ ثَمَنَهُ» [(٣)] وكذا يتعلّقُ به أهليّةُ وجوب حُقوقِ اللّه عَزّ وجَلّ من الكفّاراتِ والزّكَواتِ والجُمَعِ والجماعاتِ، فثَبَتَ أنّ العتقَ حقُّ اللّه تعالى، فلا يُشْتَرَطُ فيه الدّعوى لقَبولِ الشّهادةِ القائمةِ عليه، كما في عِتْقِ الأمةِ وطلاقِ المرأةِ وكَما في الحُدودِ الخالِصةِ، وكذا الأحْكامُ تَدُلُّ على أنّ الدّعوى ليستْ بشرطٍ فإنّ الشّهادةَ على حُرّيّةِ الأصلِ للعبدِ تُقْبَلُ من غيرِ دَعْواه.

وكذا الشّهادةُ على نَسَب صَبيٍّ صَغيرٍ من رجلٍ وأنْكَرَ الرّجُلُ، وكذا الشّهادةُ على المولى باستيلادِ جاريَتِه وهما مُنْكِرانِ، وكذا التّناقُضُ في العتقِ لا يمْنَعُ صحّةَ الدّعوى بأنْ قال عبدٌ لإنسانٍ: اشتَرِني فإنّي عبدُ فُلانٍ، فاشتَراه، ثُمّ ادّعَى العبدُ حُرّيّةَ الأصلِ، تُسْمَعُ دَعْواه. ولو كانتِ الدّعوى فيه شرطًا لَكان التّناقُضُ مانِعًا من صحّةِ الدّعوى كما في سائرِ الدّعاوَى.

ولأبي حنيفةَ أنّ الإعتاقَ إثباتُ العتقِ، والعتقُ في عُرْفِ اللُّغةِ والشّرعِ اسمٌ لقوّةٍ حُكميّةٍ

---

(١) في المخطوط: «بنى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب: إثم من باع حرًّا، حديث (٢٢٢٧)، وابن ماجه، حديث (٢٤٤٢)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٤٤٤)، حديث (٦٥٧١)، وابن حبان في صحيحه (١٦/ ٣٣٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٤)، حديث (١٠٨٣٦)، والطبراني في الصغير (٢/ ١١٩)، حديث (٨٨٥)، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

تَثْبُتُ للعبدِ تَنْدَفِعُ بها يَدُ الاستيلادِ والتّمَلُّكِ عنه، والحُرّيّةُ [(١)] حقُّه إذْ هو المُنْتَفِعُ بها مقصودًا.

ألا تَرَى أنّه هو الذي يتضَرّرُ بانتِفائها مقصودًا بالاستِرْقاقِ، وكذا التّحريرُ إثباتُ الحُرّيّةِ، والحُرّيّةُ في مُتَعارَفِ الشّرعِ واللُّغةُ تُنبئُ عن خُلوصِ نفسِ العبدِ له عن الرِّقِّ والملكِ وذلك حقُّه؛ لأنّه هو المُنْتَفِعُ به دونَ غيرِه مقصودًا، وحقُّ الإنسانِ ما يَنْتَفِعُ [هو] [(٢)] به دونَ غيرِه [مقصودًا] [(٣)]، فإذا ثَبَتَ أنّ العتقَ حقُّ العبدِ، فالشّهادةُ القائمةُ على عِتْقِ [(٤)] العبدِ لا تُقْبَلُ من غيرِ دَعْواه، كسائرِ الشّهاداتِ القائمةِ على [سائرِ] [(٥)] حُقوقِ العِبادِ، والجامِعُ بينهما من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ المشْهودَ به إذا كان حقًّا للعبدِ كان العبدُ مشهودًا له، فإذا أنْكرَ فقد كذّبَ شُهودَه، والمشْهودُ له إذا كذّبَ شُهودَه لا تُقْبَلُ شهادَتُهم له.

والثاني: أنّ إنْكارَ المشْهودِ له حقُّه مع حاجَتِه إلى استيفاءِ حقِّه ليَنْتَفِعَ به يوجِبُ تُهْمةً في الشّهادةِ؛ لأنّ المشْهودَ به لو كان ثابتًا لَتَبادَرَ إلى الدّعوى ولا شهادةَ لمُتّهَمٍ.

وأمّا قولُه: في الإعتاقِ تَحْريمُ الاستِرْقاقِ، فنَقولُ: الإعتاقُ لا يُنْبِئُ عن ذلك وإنّما يُنْبِئُ عن إثباتِ القوّةِ والخُلوصِ على ما بيّنّا وذلك حقُّه، ثُمّ إذا ثَبَتَ حقُّه بالإعتاقِ حُرِّمَ الاستِرْقاقُ؛ لما فيه من إبْطال حقِّه وهذا لا يَدُلُّ على أنّ حُرْمةَ الاستِرْقاقِ حقُّ اللّه عَزّ وجَلّ.

ألا تَرَى أنّ سائرَ الحُقوقِ الثّابتةِ للعِبادِ يَحْرُمُ إبْطالُها ولا يَدُلُّ على أنّ حُرْمةَ إبْطالها حقُّ اللّه تعالى على أنّا إنْ سَلّمْنا أنّ في العتقِ حقُّ اللّه تعالى فالمقصودُ حاصِلٌ؛ لأنّه من حيثُ إنّه حقُّ اللّه تعالى تُقْبَلُ الشّهادةُ عليه من غيرِ دَعْوَى العبدِ، ومن حيثُ إنّه [(٦)] حقُّ العبدِ لا تُقْبَلُ، فدارَتِ الشّهادةُ بين القبولِ، وعَدَمِ القبولِ فلا تُقْبَلُ مع الشّكِّ؛ ولهذا لم تُقْبَلِ الشّهادةُ على القذْفِ من غيرِ دَعْوَى المقذوفِ، وإنْ كان حَدُّ القذْفِ حقّ اللّه تعالى من وجهٍ وحقّ العبدِ من وجهٍ، كذا ههنا.

---

(١) في المخطوط: «والقوة».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «حق».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «هو».

وأمّا الأحْكامُ، فأمّا عِتْقُ الأمةِ فثَمّةَ هكذا نَقولُ: إنّ تلك الشّهادةَ لا تُقْبَلُ على العتقِ من حيثُ ذاتُ العتقِ؛ لما قُلْنا في العبدِ، وإنّما تُقْبَلُ من حيثُ إنّ عِتْقَ الأمةِ حقُّ اللّه تعالى على الخُلوصِ من حيثُ إنّه سببٌ لتَحْريمِ الفرجِ ووَسيلةٌ إليه، والشّيءُ من حيثُ التّسَبُّبُ والتّوسُّلِ غيرٌ ومن حيثُ الذّاتِ غيرٌ، كما قُلْنا في كُفْرِ المُحارب: إنّه يوجِبُ القتلَ من حيثُ إنّه سببٌ للحِراب [(١)] لا من حيثُ ذاتِه بل ذاتُ الكُفْرِ غيرُ موجِبٍ؛ لأنّهما غيران، كذا هذا.

ألا تَرَى أنّه يَنْفَصِلُ أحدُهما عن الآخَرِ، فإنّ العتقَ قد لا يكونُ وسيلةً إلى تَحْريمِ الفرجِ وهو عِتْقُ العبدِ، ثُمّ مَتَى قُبلَتْ على العتقِ من حيثُ إنّه سببُ حُرْمةِ الفرجِ تُقْبَلُ [(٢)] من حيثُ ذاتِ العتقِ. وكذا في طلاقِ المرأةِ من غيرِ دَعْواها، وليس للعِتْقِ في مَحِلِّ النِّزاعِ سببيّةُ تَحْريمِ الفرجِ، فلو (قُبلَ، لَقُبلَ على) [(٣)] ذاتِ العتقِ، ولا وجهَ إليه؛ لما بيّنّا.

[فإن] [(٤)] قِيلَ: ما ذَكَرْتُم من العُذْرِ في فصلِ الأمةِ، والطّلاقُ لا يصحُّ؛ لأنّ الشّهادةَ على عِتْقِ الأمةِ المجوسيّةِ والأُخْتُ من الرّضاعةِ مقبولةٌ من غيرِ دَعْوَى، وهذه الشّهادةُ لا تَتَضَمّنُ حُرْمةَ الفرجِ؛ لأنّ الحُرْمةَ كانت ثابتةً قبل ذلك، وكذا الشّهادةُ على الطّلاقِ الرّجعيِّ والطّلاقِ المُضافِ إلى الملكِ يُقْبَلُ من غيرِ دَعْوَى، ولا تَتَضَمّنُ هذه الشّهادةُ تَحْريمَ الفرجِ.

فالجوابُ: أنّ من أصحابنا مَنْ يمْنَعُ المسألَتَيْنِ الأولتَيْنِ فقالوا: [٢/ ١٨٧أ] لا تُقْبَلُ [هذه] [(٥)] الشّهادةُ فيهما من غيرِ دَعْوَى؛ لأنّها لا تَتَضَمّنُ تَحْريمَ الفرجِ ومنهم مَنْ سَلّمَ مسألةَ المجوسيّةِ ومَنَعَ مسألةَ الأُخْتِ من الرّضاعةِ، وفَرّقَ بينهما من حيثُ إنّ وطْءَ الأمةِ المجوسيّةِ مَمْلوكٌ للمولى وإنّما مَنَعَ من الاستيفاءِ لخُبْثِها كما يُمْنَعُ من الوطْءِ حالةَ الحيضِ؛ ولهذا لو وطِئَها لا يَسْقُطُ إحصانُه، وبعدَ العتقِ لو وطِئَها يَسْقُطُ إحصانُه، فالشّهادةُ على عِتْقِها تَضَمّنَتْ تَحْريمَ الفرجِ فقُبلَتْ من غيرِ دَعْوَى، فأمّا الأُخْتُ من الرّضاعةِ فحَرامُ الوطْءِ حقيقةً، حتّى لو وطِئَها يَسْقُطُ إحصانُه مع قيامِ ملكِ اليمينِ والمُعْتَبَرُ

---

(١) في المخطوط: «الحراب».
(٢) في المخطوط: «قبلت».
(٣) في المخطوط: «قبلت لقبلت من حيث».
(٤) في المطبوع: «فإنه».
(٥) زيادة من المخطوط.

في الباب تَحْريمُ الفرجِ لا الأنوثةُ، والشّهادةُ على حريه الأصل على هذا الاختلاف، والشهادة على النّسَب [١] قَطُّ لا تُقْبَلُ من غيرِ دَعْوَى، وفيما ذَكَرَ من المسألةِ وهي ما إذا كان صَغيرًا فلا تُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ ما لم يُنصِّبِ القاضي خَصْمًا عن الصّغيرِ ليَدّعيَ النّسب له بطريقِ النّيابةِ شرعًا؛ نَظَرًا للصّغيرِ العاجِزِ عن إحياءِ حقِّه بنفسِه والقاضي نُصِّبَ ناظِرًا للمسلمينَ وكان [٢] ذلك شهادةً على خَصْمٍ .

وأمّا الاستيلادُ فهو سببٌ لتَحْريمِ الفرجِ والدّعاوَى في الجملةِ؛ لأنّه يوجِبُ حقيقةَ الحُرّيّةِ عندَ الموتِ، والحُرْمةُ لازِمةٌ للحُرّيّةِ حتّى لا يُباحَ [لها] [٣] مسُّ المولى وغَسْلُه بسبب الحُرّيّةِ، فكان الاستيلادُ في الحالِ سببًا لثُبوتِ الحُرّيّةِ فكان سببًا لحقِّ اللّه تعالى في الحالِ فيُقامُ [٤] السّبَبُ مقامَ الحقيقةِ في حقِّ التّحريم احتياطًا وهو الجوابُ عن الطّلاقِ الرّجعيِّ، والطّلاقِ المُضافِ (إلى الحُرّيّةِ) [٥] ثَمّةَ ثَبَتَ في الجملةِ أيضًا عندَ وجودِ زوالِ الحِلِّ، فيُعْتَبَرُ السّبَبُ قائمًا مقامَ المُسَبّب في حقِّ الحُرْمةِ احتياطًا .

وامّا الابتداء فوَجه قولِهما: أنّ عَدالةَ الشّاهدِ دَلالةُ صِدْقِه في شهادَتِه من حيثُ الظّاهرُ؛ فيَثْبُتُ المشْهودُ به ظاهرًا والقاضي مُكَلّفٌ بالقضاءِ بالظّاهرِ فكان يَنْبَغي أنْ لا تُشْتَرَطَ الدّعوى لقَبولِ الشّهادةِ أصلاً ولهذا لم تُشْرَطْ في عِتْقِ الأمةِ وطلاقِ المرأةِ وأسباب الحُدودِ، إلاّ أنّا عَرَفْنا اشتِراطَها فيما وراءَ العتقِ من حُقوقِ العِبادِ بالإجماعِ فيقتَصِرُ على مورِدِ الإجماعِ .

وَجهُ قولِ ابي حنيفة: أنّ خَبَرَ مَنْ ليس بمعصومٍ عن الكذِب مُحْتَمِلٌ للكذِب فلا يُفيدُ العلمُ للقاضي بالمشْهودِ به، والأصلُ أنْ لا يجوزَ القضاءُ بما لا علمَ للقاضي به وبما ليس بثابتٍ قَطْعًا؛ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦] وإنّه اسمٌ للثّابتِ قَطْعًا .

وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص:٢٦] والحقُّ اسمٌ للكائنِ الثّابتِ، ولا ثُبوتَ مع احتمالِ العدَمِ فكان يَنْبَغي أنْ لا يجوزَ القضاءُ به

---

(١) في المخطوط: «السبب».
(٢) في المخطوط: «فكان».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فقام».
(٥) في المطبوع: «الحرية».

أصلاً إلاّ أنّ الشّرعَ جاءَ بالجوازِ؛ لحاجةِ العِبادِ إلى دَفْعِ الفسادِ وهو المُنازَعةُ القائمةُ بينهما بالدّعوى، والمُنازَعةُ سببُ الفسادِ، أو لدَفْعِ فسادِ الزّنا كما في حَدِّ الزّنا وعِتْقِ الأمةِ وطلاقِ المرأةِ، أو لدَفْعِ فسادِ السُّكرِ في حَدِّ الشّارِبِ والسُّكرِ فألحقَ المُحْتَمَلَ بالمُتَيَقّنِ أو اكتَفى بظاهرِ الصِّدْقِ مع الاحتمالِ دَفْعًا للفَسادِ، فبقيَ [1] الحُكمُ فيما وراءَ ذلك على الأصلِ.

وعلى هذا شاهدانِ شَهِدا على رجلٍ أنّه أعتَقَ أحدَ عبدَيْه والعبدانِ يَدّعيانِ [العتقَ] [2] أو يَدّعيه أحدُهما، فإنْ شَهِدا في حالِ حَياةِ المولى وصحّتِه لا تُقْبَلُ شهادَتُهما في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما تُقبَلُ؛ لأنّ الدّعوى شرطُ قَبولِ الشّهادةِ على عِتْقِ العبدِ [عندَه] [3]، والمُدّعي مجهولٌ فجَهالةُ المُدّعي مَنَعَتْه صحّةَ الدّعوى فامتَنَعَ قَبولُ الشّهادةِ، وعندَهما الدّعوى ليستْ بشرطٍ فجَهالةُ المُدّعي لا تكونُ أقلّ من عَدَمِ الدّعوى فلا تمنَعُ قَبولَ الشّهادةِ، فتُقْبَلُ [الشهادة] [4] ويُجْبَرُ على البيانِ، وإنْ شَهِدا بعدَ وفاتِه على أنّه أعتَقَ أحدَهما في حالِ صحّتِه فهو على هذا الخلافِ، وإنْ شَهِدا على ذلك وهو مَريضٌ فمات، أو شَهِدا بعدَ موتِه على أنّه قال ذلك في المرَضِ لا تُقْبَلُ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ، وفي الاستِحْسانِ تُقبَلُ ولا خلافَ في أنّهما إذا شَهِدا على أنّه طَلّقَ إحدى امرأتَيْه، تُقبَلُ ويُخَيّرُ فيَخْتارُ طلاقَ إحداهما.

وجه قياسِ قولِ أبي حنيفةَ ما ذَكرْنا: أنّ الدّعوى شرطٌ، والمُدّعي مجهولٌ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُدّعيَ ههنا معلومٌ؛ لأنّ الإعتاقَ في مَرَضِ الموتِ وصيّةٌ، والخصْمُ في تَنْفيذِ الوصيّةِ هو الموصي، فكان الميّتُ المشهودُ له لوُقوعِ الشّهادةِ له فكان المُدّعي معلومًا فجازَتِ الشّهادةُ له، بخلافِ حالِ الصِّحّةِ فإنّ الشّهادةَ هناك وقَعَتْ لأحدِ العبدَيْنِ فكان المشْهودُ له مجهولاً فلم تُجْزِ الشّهادةُ؛ ولأنّ المولى لَمّا مات فقد شاعَ العتقُ فيهما جميعًا فصار كُلُّ واحدٍ منهما خَصْمًا في حقِّ نفسِه، [مُتَعَيِّنًا] [5] فتُقْبَلُ الشّهادةُ بخلافِ حالِ الحياةِ والصِّحّةِ .

وَكذلك جَوابُ أبي حنيفةَ في هذه المسألةِ في الأمَتَيْنِ بأنْ شَهِدا بأنّه [6] أعتَقَ إحدى

---

(١) في المخطوط: «فيبقى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «على أنه».

أمَتَيْه، [٢/ ١٨٧ب] أنّها لا تُقْبَلُ؛ لأنّ انعِدامَ اشتِراطِ الدّعوى بقَبولِ الشّهادةِ على عِتْقِ الأمةِ لكَوْنِه سببًا لحُرْمةِ الفرجِ وهي حقُّ اللّه تعالى ولا تَثْبُتُ حُرْمةُ الفرجِ بالعتقِ المُبْهَمِ عندَ أبي حنيفةَ، فكان الجوابُ في العبدَيْنِ والأمَتَيْنِ ههنا عندَه على السّواءِ، بخلافِ ما إذا شَهِدا على أنّه طَلّقَ إحدى امرأتَيْه، أنّها تُقْبَلُ؛ لأنّها قامَتْ على سبب حُرْمةِ الفرجِ، والدّعوى فيها ليستْ بشرطٍ.

وَلو شَهِدا أنّ أحدَ هذَيْنِ الرّجُلَيْنِ أعتَقَ عبدَه فُلانًا، لم تجز شهادَتُهما؛ لأنّ المُدّعَى عليه مجهولٌ ولو شَهِدا أنّه أعتَقَ عبدًا له وسَمّاه ونَسيناه [(١)]، أنّ الشّهادةَ باطِلةٌ؛ لأنّ الشّاهدَ إذا نَسيَ ما تَحَمّلَ لا تُقْبَلُ شهادَتُه، ولو شَهِدا أنّه أعتَقَ عبدَه سالِمًا ولا يعرِفانِ سالِمًا، وله عبدٌ اسمُه سالِمٌ ليس له غيرُه تُقْبَلُ شهادَتُهما، ولو شَهِدا به في البيعِ لا تُقْبَلُ.

ووَجه الفرقِ: أنّ البيعَ لا يحتملُ الجهالةَ أصلاً والعتقُ يحتملُ ضَرْبًا من الجهالةِ، ألا تَرَى أنّه لا يجوزُ بيعُ أحدِ العبدَيْنِ ويجوزُ إعتاقُ أحدِ العبدَيْنِ، وَلو اختلف الشّاهدانِ في الشّرطِ الذي عَلّقَ به العتقَ، لم تَجز شهادَتُهما؛ لأنّهما شَهِدا بعقدَيْنِ كُلُّ عقدٍ لا يَثْبُتُ إلاّ بشهادةِ شاهدَيْنِ ولم يوجدْ.

والأصلُ فيه: أنّه إذا اختلفتْ شهادةُ الشّاهدَيْنِ، فإنْ كان ذلك في دَعْوَى العتقِ لا تُقْبَلُ أصلاً، وإنْ كان في دَعْوَى المالِ ففيه تَفْصيلٌ ووِفاقٌ واختلافٌ، نَذْكُرُ ذلك كُلّه في كِتاب الشّهاداتِ، إنْ شاء اللّه تعالى واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «فنسياه».



كتاب التدبير



كِتَابُ التَّدْبِيرِ [١]

الكلامُ في هذا الكِتاب يقعُ فيما ذَكَرْنا في كِتاب العتقِ، وهو [٢] بيانُ رُكنِ التّدْبيرِ، [وبيانُ] [٣] [٤] شرائطِ الرُّكنِ، وبيانُ صِفةِ التّدْبيرِ، [٥] بيانُ حُكمِ التّدْبيرِ، ووقتِ ثُبوتِ حُكمِه وبيانُ ما يَظْهَرُ به التّدْبيرُ .

فَصْلٌ [في بيان ركن التدبير]

أمّا الأوّلُ: فرُكنُ التّدْبيرِ هو : اللّفْظُ الدّالُ على معنى التّدْبيرِ لُغةً، وهو إثباتُ العتقِ عن دُبُرٍ [٦]، ثُمّ إثباتُ العتقِ عن دُبُرٍ نوعانِ: مُطْلَقٌ، ومُقَيّدٌ .

أمّا المُطْلَقُ فهو : أنْ يُعَلِّقَ الرّجُلُ عِتْقَ عبدِه بموتِه مُطْلَقًا، وله ألفاظٌ قد تكونُ [٧] بصَريحِ اللّفْظِ مثلُ أنْ يقول: أنتَ مُدَبّرٌ أو دَبّرْتُك، وقد تكونُ بلفظِ التّحريرِ والإعتاقِ نحوُ أنْ يقول: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي أو حَرّرْتُكَ بعدَ موتي أو أنتَ مُعْتَقٌ أو عَتيقٌ بعدَ موتي أو أعتقتُك بعدَ موتي .

وكذا إذا قال: أنتَ حُرٌّ عندَ موتي أو مع موتي أو في موتي هو بمنزلةِ قولِه بعدَ موتي؛ لأنّ (عندَ) كلِمةُ حَضْرةٍ فعندَ الموتِ يَسْتَدْعي وجودَ الموتِ، فيكونَ موتُه بمعنى الشّرطِ وجَمْعٌ للمُقارَنةِ، ومُقارَنةُ الشّيءِ يقتَضي وجودَهما، و (في) للظّرْفِ فإذا دخلَ ما لا يصْلُحُ ظَرْفًا يَجْعَلُ شرطًا . كما إذا قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ في دُخولِكَ الدّارَ .

وقد يكونُ بلفظِ اليمينِ بأنْ يقول: إنْ مِتُّ فأنتَ حُرٌّ أو يقول: إذا مِتُّ أو مَتَى مِتُّ [أو

---

(١) دَبّرَ الرجل عبده تدبيرًا: إذا أعتقه بعد موته، والتدبير في الأمر: النظر إلى ما تئول إليه عاقبة الأمر، والتدبير أيضا: عتق العبد عن دبر وهو ما بعد الموت. ولا يخرج المعنى الشرعي عن هذا المعنى الأخير. انظر الموسوعة الفقهية (١١/ ١٢٤).

(٢) في المخطوط: «في».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زاد في المخطوط: «وفي».

(٥) زاد في المخطوط: «وفي».

(٦) في المخطوط: «إدبار».

(٧) في المخطوط: «يكون».

مَتَى ما مِتُّ] [١] أو إنْ حَدَثَ بي حَدَثٌ أو مَتَى حَدَثَ بي؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بالموتِ مُطْلَقًا، وكذا إذا ذَكَرَ في هذه الألفاظِ مَكان الموتِ الوفاةَ أو الهَلاكَ.

ولو قال: إنْ مات فُلانٌ فأنتَ حُرٌّ لم يكنْ مُدَبّرًا لأنّه لم يوجدْ تَعليقُ (عِتْقِ عبدِه) [٢] بموتِه، فلم يكنْ هذا تَدْبيرًا بل كان تَعليقًا بشرطٍ مُطْلَقٍ [٣]، كالتّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ من دُخولِ الدّارِ وكَلامِ زيدٍ وغيرِ ذلك.

وقال أبو يوسُفَ: لو [٤] قال: أنتَ حُرٌّ إنْ مِتُّ أو قُتِلْتُ فليس بمُدَبّرٍ. وقال زُفَرُ: هو مُدَبّرٌ؛ لأنّه عَلّقَ عِتْقَه بالموتِ وأنّه كائنٌ لا مَحالةَ، ولأبي يوسُفَ إنْ عَلّقَ بأحدِ الأمرَيْنِ فلا يصيرُ مُدَبّرًا كما لو قال: إنْ مِتّ أو مات زيدٌ.

ولو قال: إنْ مِتّ وفُلانٌ فأنتَ حُرٌّ، أو قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي وموتِ فُلانٍ، أو قال: بعدَ موتِ فُلانٍ وموتي لم يكنْ مُدَبّرًا إلاّ أنْ يموتَ فُلانٌ قبله، فيصيرُ حينئذٍ مُدَبّرًا، وإنّما لا يصيرُ مُدَبّرًا للحالِ؛ لأنّه يحتملُ أنْ يموتَ المولى أوّلاً فلا يُعْتَقُ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بشرطَيْنِ: بموتِه، وموتِ فُلانٍ فلا يُعْتَقُ بموتِه وحْدَه ويصيرُ العبدُ ميراثًا. فبعدَ ذلك إنْ مات فُلانٌ ووُجِدَ الشّرطُ الآخَرُ، فإنّما وُجِدَ بعدَما انتَقَلَ الملكُ إلى الورَثةِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يموتَ فُلانٌ فيصيرُ مُدَبّرًا ويُعْتَقَ بموتِ المولى، فكان هذا كالتّدْبيرِ المُقَيّدِ، ثُمّ يُنْظَرُ إنْ مات المولى أوّلاً فقد صار العبدُ ميراثًا للوَرَثةِ لما بيّنّا.

وإنْ مات فُلانٌ أوّلاً فقد صار مُدَبّرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ صار مُطْلَقًا وصار العبدُ [بحالِه] [٥]، يُعْتَقُ بموتِ المولى، ثُمّ استَشْهَدَ في الأصلِ، فقال: ألا تَرَى أنّه لو قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ كلامِك فُلانًا وبعدَ موتي، فكَلّمَ (فُلانًا، كان مُدَبّرًا.

وكذلك قولُه: إذا كلّمْت فُلانًا فأنتَ حُرٌّ بعدَ موتي. فكَلّمَه صار مُدَبّرًا؛ أنّه بعدَ الكلامِ صار التّدْبيرُ مُطْلَقًا فكذا هذا) [٦].

وقد يكونُ بلفظِ الوصيّةِ وهو أنْ يوصيَ لعبدِه بنفسِه أو برَقَبَتِه أو بعِتْقِه، أو يوصيَه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عتقه».
(٣) في المخطوط: «فكان».
(٤) في المخطوط: «إذا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «أنه بعد الكلام صار مدبرًا مطلقًا كذا هاهنا».

بوَصيّةٍ يَسْتَحِقُّ من جملَتِها رَقَبَته أو بعضَها، نحوُ أنْ يقول له: أوصَيْتُك بنفسِك أو برَقَبَتِك أو بعِتْقِك، أو كُلِّ ما يُعَبِّرُ به عن جملةِ البدَنِ؛ لأنّ الموصيَ يَزيلُ ملكه بالوصيّةِ، ثُمّ إنْ كان الموصَى له مِمّنْ يحتملُ [٢/ ١٨٨أ] الملكَ، يَزولُ [(١)] الملكُ إليه، وإلاّ فيَزولُ لا إلى أحدٍ، والحُرُّ لا يحتملُ أنْ يملِكَ نفسَه لما فيه من الاستِحالةِ فكانتِ الوصيّةُ له بنفسِه إزالةَ الملكِ لا إلى أحدٍ وهذا معنى الإعتاقِ، فهذا [(٢)] الطّريقُ جعل بيعَ نفسِ العبدِ وهِبَتَها له إعتاقًا كذا هذا، فيصيرُ في معنى قولِه: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي.

وكذا لو قال له: أوصَيْت لَك بثُلُثِ مالي؛ لأنّ رَقَبَته من جملةِ [ثلث] [(٣)] ماله فصار [(٤)] موصًى له بثُلُثِها، ولأنّ [(٥)] هذا إزالةُ الملكِ [من الثُّلُثِ] [(٦)] لا إلى أحدٍ، فيكونُ إعتاقًا.

ورَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ في مَنْ أوصَى لعبدِه بسَهْمٍ من مالِه أنّه يُعْتَقُ بعدَ موتِه، ولو أوصَى له بجزءٍ من مالِه لم يُعْتَق.

ووَجه الفرقِ: أنّ السّهْمَ عِبارةٌ عن السُّدُسِ فإذا أوصَى له بسُدُسِ مالِه فقد دخلَ سُدُسُ رَقَبَتِه في الوصيّةِ. فأمّا اسمُ الجزءِ فلا يتضَمّنُ الوصيّةَ بالرّقَبةِ لا مَحالةَ، فكان الخيارُ فيه إلى الورَثةِ فلَهم التّعْيينُ فيما شاء، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وأمّا المُقَيّدُ فهو: أنْ يُعَلِّقَ عِتْقَ عبدِه بموتِه موصوفًا بصِفةٍ أو بموتِه وشرطٌ آخَرُ نحوَ أنْ يقول: إنْ مِتّ من مَرَضي هذا أو في سَفَري هذا فأنتَ حُرٌّ. أو يقولُ: إنْ قُتِلْتُ فأنتَ حُرٌّ، أو إنْ غَرِقْت فأنتَ حُرٌّ، أو إنْ حَدَثَ بي حَدَثٌ من مَرَضي هذا، أو من [(٧)] سَفَري هذا فأنتَ حُرٌّ، ونحوُ ذلك مِمّا يحتملُ أنْ يكونَ موتُه على تلك الصِّفةِ ويحتملُ أنْ لا يكونُ، وكذا إذا ذَكَرَ مع موتِه شرطًا آخَرَ يحتملُ الوجودَ والعدَمَ فهو مُدَبّرٌ مُقَيّدٌ، وحُكمُه يُذْكَرُ في موضِعه إنْ شاء اللّه تعالى.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ [أنّه لو قال] [(٨)]: إذا مِتُّ ودُفِنْتُ أو [(٩)] غُسِّلْتُ أو كُفِّنْتُ

---

(١) في المخطوط: «بزوال».
(٢) في المخطوط: «بهذا».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فيصير».
(٥) في المخطوط: «فكان».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «في».
(٨) في المخطوط: «إذا قال».
(٩) في المخطوط: «و».

فأنتَ حُرٌّ، فليس بمُدبّرٍ يُريدُ به في حقِّ الأحْكامِ المُتعلِّقةِ بالتّدْبيرِ في حالِ حَياةِ المُدبِّرِ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بالموتِ وبمعنًى آخَرَ فلم يكنْ مُدَبّرًا مُطْلَقًا، [قال]: [1] فإنْ مات وهو في ملكِه استَحْسَنْتُ [2] أنْ يُعْتَقَ من الثُّلُثِ.

والقياس: أنْ لا يُعْتَقُ كما لو قال: إذا مِتّ فدخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ. فمات المولى فدخلَ [3] العبدُ الدّارَ أنّه لا يُعْتَقُ كذا هذا، لكنّه استَحْسَنَ وقال: يُعْتَقُ من الثُّلُثِ؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بالموتِ وبما هو من عَلائقِه، فصار كما لو عَلّقَه بموتِ نصفِه، فكان حُكمُه حُكمَ المُدَبّرِ المُقيّدِ بخلافِ قولِه: إذا مِتُّ فدخلت الدّارَ؛ لأنّ دُخول الدّارِ لا تَعلُّقَ له بالموتِ، فلم يكنْ تَعليقًا بموتِ نصفِه، فلم يكنْ تَدْبيرًا [4] أصلاً، بل كان يمينًا مُطْلَقًا، فيَبْطُلُ بالموتِ كسائرِ الأيمانِ، ثُمّ التّدْبيرُ قد يكونُ مُطْلَقًا، وقد يكونُ مُعَلّقًا بشرطٍ وقد يكون مضافا إلى وقت.

أمّا المُطْلَقُ فما ذَكَرْنا، وأمّا المُعَلّقُ فنحوُ أنْ يقول: [إنْ دخلت الدّارَ أو] [5] إنْ [6] كلّمْت فُلانًا أو إذا قَدِمَ (زيدٌ فأنتَ مُدَبّرٌ) [7]؛ لأنّ التّدْبيرَ إثباتُ حقِّ الحُرّيّةِ، وحقيقةُ الحُرّيّةِ تحتَمِلُ التّعليقَ بالشّرطِ فكذا [في] [8] حقِّ التّدْبيرِ.

وذَكَرَ محمّدٌ في الأصلِ: إذا قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي إنْ شئت، فإنْ نَوَى بقولِه إنْ شئت السّاعةَ فشاء العبدُ في ساعَتِه تلك صار مُدَبّرًا؛ لأنّه عَلّقَ التّدْبيرَ بشرطٍ وهو المشيئةُ، وقد وُجِدَ الشّرطُ فيصيرُ مُدَبّرًا. كما إذا قال: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ مُدبّرٌ.

وإنْ عَنَى به مَشيئَتَه بعدَ الموتِ فليس للعبدِ مَشيئةٌ حتّى يموتَ المولى؛ لأنّه عَلّقَ العتقَ بشرطٍ يوجدُ بعدَ الموتِ فإذا وُجِدَ قبله لا يُعْتَبَرُ، فإنْ مات المولى فشاء عندَ موتِه فهو حُرٌّ من ثُلُثِه، كذا ذَكَرَه في الأصلِ.

وذَكَرَ الحاكِمُ في مُخْتَصَرِه أنّ المُرادَ منه أنْ يُعْتِقَه الوصيُّ أو الوارِثُ؛ لأنّ العتقَ ههنا لم يتعَلّقْ بالموتِ وإنّما تَعَلّقَ [9] به وبأمرٍ آخَرَ بعدَه فيصيرُ بمنزلةِ الوصيّةِ بالإعتاقِ، فيجبُ

---

(1) زيادة من المخطوط.
(2) في المخطوط: «استحسن».
(3) في المخطوط: «ودخل».
(4) في المخطوط: «مدبرًا».
(5) ليست في المخطوط.
(6) في المخطوط: «إذا».
(7) في المخطوط: «فلان فأنت حر».
(8) ليست في المخطوط.
(9) في المخطوط: «يتعلق».

أنْ لا يُعْتَقَ ما لم يُعْتق، وكذا ذَكَرَ الجصّاصُ أنّه لا يُعْتَقُ حتّى يُعْتِقَه الورَثةُ لما قُلْنا.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ وعيسَى بنُ أبانَ وأبو سُلَيْمانَ عن محمّدٍ فيمَنْ قال لرجلٍ: إذا مِتّ فأعتِقْ عبدي هذا إنْ شئت، أو قال إذا مِتّ فأمرُ عبدي هذا بيَدِك ثُمّ مات فشاء الرّجُلُ عِتْقَه في المجلسِ أو بعدَ المجلسِ فلَه أنْ يُعْتِقَه؛ لأنّ هذا وصيّةٌ بالإعتاقِ، والوصايا لا يتقيّدُ القبولُ فيها بالمجلسِ.

(وكذا إنْ) [1] قال: عبدي هذا حُرٌّ بعدَ موتي إنْ شئت فشاء بعدَ موتِه في المجلسِ أو بعدَ المجلسِ، فقد وجَبَتِ الوصيّةُ؛ لما ذَكَرْنا أنّ الوصيّةَ لا يتقيّدُ قَبولُها بالمجلسِ ولا يُعْتَقُ العبدُ حتّى يُعْتِقَه الورَثةُ أو الوصيُّ أو القاضي وهذا يُؤَيِّدُ قول الحاكِمِ والجصّاصِ؛ لأنّه لا فرقَ بين المسألَتَيْنِ سِوَى أنّ هناك عَلّقَ بمَشيئةِ العبدِ، وههنا عَلّقَ بمَشيئةِ الأجنَبيِّ.

وكذلك لو قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ إنْ شئت بعدَ موتي، فمات المولى وقامَ العبدُ من مجلسِه الذي عَلِمَ فيه بموتِ المولى [أو] [2] أخذ في عَمَلٍ آخَرَ فإنّ ذلك لا يُبْطِلُ شيئًا مِمّا جَعَلَه إليه؛ لما ذَكَرْنا أنّ هذا وصيّةٌ بالإعتاقِ وليس بتمليكٍ، والوصيّةُ [لا يَقِفُ] [3] قَبولُها على المجلسِ.

وأمّا المُضافُ إلى وقتٍ فنحوُ أنْ يقول أنتَ مُدَبّرٌ غَدًا أو رأسَ شهرٍ كذا فإذا جاءَ الوقتُ صار مُدَبّرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ إثباتُ حقِّ الحُرّيّةِ فيحتملُ الإضافةَ كإثباتِ حقيقةِ الحُرّيّةِ ولهذا احتَمَلَ التّعليقَ بالشّرطِ كذا الإضافةُ.

وقد رَوَى [٢/ ١٨٨ب] بشْرٌ عن أبي يوسُفَ فيمَنْ قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي بشهرٍ. فليس بمُدَبّرٍ ولا يُعْتَقُ إلاّ أنْ يُعْتَقَ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّه قال: القياسُ أنْ يكونَ باطِلاً، ألا تَرَى أنّه لو جَنَى قبل الشّهرِ دَفَعَه [4] بالجنايةِ، ولو لَحِقَه دَيْنٌ بيعَ فيه.

ووَجه القياسِ: ما ذَكَرْنا أنّه لَمّا عَلّقَ العتقَ (بمُضيِّ شهرٍ) [5] بعدَ الموتِ، فكَما مات انتَقَلَ الملكُ فيه إلى الورَثةِ ولم يَبْقَ إلاّ مُضيُّ الزّمانِ وهو الشّهرُ، فلا يُحْتَمَلُ ثُبوتُ العتقِ

---

(١) في المخطوط: «وكذلك لو».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «لا يتوقف».
(٤) في المخطوط: «دفع».
(٥) في المخطوط: «بشهر».

به فيَبْطُلَ [١] إلاّ أنّهم استَحْسَنوا فجَعَلوه وصيّةً بالإعتاقِ [أشار إلى انتقال الملك إلى الورثة بالموت] [٢]؛ لأنّ تَصَرُّفَ العاقِلِ يُحمَلُ على الصِّحّةِ ما أمكَنَ، وأمكَنَ حَمْلُه على الوصيّةِ بالإعتاقِ بعدَ مُضيِّ شهرٍ بعدَ الموتِ فيُحمَلُ عليها.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ قبل موتي بشهرٍ. فليس بمُدَبّرٍ؛ لأنّه ما أضافَ العتقَ إلى الموتِ أصلاً، بل أضافَه إلى زَمانٍ موصوفٍ بأنّه قبل موتِه بشهرٍ من وقتِ التَّكَلُّمِ، وهذا أيضًا يحتملُ الوجودَ والعدَمَ لجَوازِ أنْ يموتَ قبل تَمامِ الشّهرِ من وقت الكلامِ، فلا يكونُ مُدَبّرًا للحالِ، وإذا مضى شهرٌ قبل موتِ المولى وهو في ملكِه ذَكَرَ الكَرْخيُّ في مُخْتَصَرِه أنّه مُدَبّرٌ في قولِ أبي حنيفةَ وزُفَرَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ (ليس بمُدَبّرٍ) [٣]، وعَلّلَ القُدوريُّ لأبي حنيفةَ أنّه لَمّا مضى شهرٌ [٤] صار كأنّه قال عندَ مُضيِّ الشّهرِ: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي.

وذَكَرَ في الجامِعِ: أنّه لا يكونُ مُدَبّرًا، ويجوزُ بيعُه ولم يَذْكُرِ الخلافَ وهو [٥] الصّحيحُ أمّا على قولِ أبي حنيفةَ فلأنّ المُدَبّرَ اسمٌ لمَنْ عَلّقَ عِتْقَه بمُطْلَقِ موتِ المولى، وههنا ما أضافَ العتقَ إلى الموتِ أصلاً بل أضافَه إلى أوّلِ الشّهرِ، وكذا حُكمُه عندَ أبي حنيفةَ يَثْبُتُ من أوّلِ الشّهرِ بطريقِ الظُّهورِ، أو يَسْتَنِدُ إليه والثّابتُ بالتّدْبيرِ يقتَصِرُ على حالةِ الموتِ ولا يَسْتَنِدُ، وبهذا تبَيّنَ أنّ ما ذَكَرَه القُدوريُّ من التّعليلِ لأبي حنيفةَ غيرُ سَديدٍ.

وأمّا على قولِهما: فقد ذُكِرَ في النّوادِرِ أنّ عندَهما يصيرُ مُدَبّرًا مُطْلَقًا، ووَجْهُه أنّه لَمّا مضى الشّهرُ ظَهَرَ أنّ عِتْقَه تَعَلّقَ بمُطْلَقِ موتِ المولى فصار كأنّه قال عندَ مُضيِّه: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي فصار مُدَبّرًا مُطْلَقًا.

وأمّا على ظاهرِ الرِّوايةِ عنهما [٦]: فلا يصيرُ مُدَبّرًا؛ لأنّه ما عَلّقَ عِتْقَه بالموتِ، بل بشهرٍ ومُتّصِلٍ [٧] بالموتِ، فيصيرُ كأنّه قال: أنتَ حُرٌّ قبل موتي بساعةٍ، ولو قال يومَ أموتُ: فأنتَ [٨] حُرٌّ أو أنتَ حُرٌّ يومَ أموتُ. فإنْ نَوَى به النّهارَ دونَ الليلِ لم يكنْ مُدَبّرًا؛

---

(١) في المخطوط: «فبطل».
(٢) زيادة من المخطوط..
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «الشهر».
(٥) في المخطوط: «وهذا هو».
(٦) في المطبوع: «منهما».
(٧) في المخطوط: «متصل».
(٨) في المخطوط: «أنت».

لأنه نَوَى حقيقةَ كلامِه، إذِ اليومُ اسمٌ لبياضِ النّهارِ لُغةً ويجوزُ أنْ يموتَ بالليلِ لا بالنّهارِ، فلا يكونُ هذا [(١)] مُدبّرًا مُطْلَقًا، وإنْ عَنَى به الوقتَ المُبْهَمَ فهو مُدبّرٌ؛ لأنّ اليومَ يُذْكَرُ ويُرادُ به الوقتُ المُطْلَقُ قال اللّه تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال:١٦] ومَنْ ولّى بالليلِ لَحِقَه الوعيدُ المذكورُ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ فيمَنْ قال: إنْ مِتّ إلى سَنةٍ أو إلى عشرِ سِنينَ فأنتَ حُرٌّ. فليس بمُدبّرٍ؛ لأنه عَلّقَ عِتْقَه بموتٍ بصِفةٍ تحتَمِلُ [(٢)] الوجودَ والعدَمَ، فإنْ قال: إنْ مِتّ إلى مائةِ سَنةٍ، ومثلُه لا يَعيشُ إلى ذلك الوقتِ في الغالِب فهو مُدبّرٌ؛ لأنّ موتَه في تلك المُدّةِ [(٣)] كائنٌ لا مَحالةَ.

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ فيمَنْ قال: أنتَ مُدبّرٌ بعدَ موتي فهو مُدبّرٌ السّاعةَ؛ لأنّه أضافَ التّدْبيرَ إلى ما بعدَ الموتِ، والتّدْبيرُ بعدَ الموتِ لا يُتَصَوّرُ فيَلْغو قولُه: بعدَ موتي فيَبْقَى [(٤)] قولُه: أنتَ مُدبّرٌ، أو [(٥)] يُجْعَلَ قولُه: أنتَ مُدبّرٌ، أي: أنتَ حُرٌّ فيصيرَ كأنّه قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي على ألفِ درهمٍ فالقبولُ بعدَ الموتِ كذا ذُكِرَ في الجامِعِ الصّغيرِ وهذا [(٦)] جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّ القبول في هذا على حالةِ الحياةِ، لا بعدَ الموتِ فإذا قَبِلَ في المجلسِ صَحّ التّدْبيرُ وصار مُدبّرًا، ولا يَلْزَمُه المالُ، وإذا مات عَتَقَ ولا شيءَ عليه .

وجهُ قولِه: أنّ هذا إيجابُ العتقِ في الحالِ بعِوَضٍ، إلاّ أنّ العتقَ يتأخّرُ إلى ما بعدَ الموتِ فكان القبولُ في المجلسِ كما إذا قال [له] [(٧)] إنْ شئت فأنتَ حُرٌّ رأسَ [الشّهرِ] [(٨)] تُعْتَبَرُ المشيئةُ في المجلسِ لثُبوتِ الحُرّيّةِ[في] [(٩)] رأسَ الشّهرِ كذا ههنا، فإذا قَبِلَ في المجلسِ صَحّ التّدْبيرُ ولا يَلْزَمُه المالُ؛ لأنّ المُدبّرَ مَمْلوكٌ للمولى [(١٠)] مُطْلَقًا فلا يجبُ عليه للمولى دَيْنٌ، وإذا مات عَتَقَ لوجودِ شرطِ العتقِ وهو الموتُ، ولا يَلْزَمُه

---

(١) في المخطوط: «بهذا».
(٢) في المخطوط: «يحتمل».
(٣) في المخطوط: «الحالة».
(٤) في المخطوط: «ويبقى».
(٥) في المخطوط: «و».
(٦) في المخطوط: «وهو».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) زيادة من المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «المولى».

المالُ؛ لأنّه لم يَلْزَمْه وقتُ القبولِ فلا يَلْزَمُه وقتُ العتقِ.

وجه ظاهرِ الروايةِ: أنّه أضافَ الإيجابَ إلى ما بعدَ الموتِ فيكونُ القبولُ بعدَ الموتِ، إذِ القبولُ بعدَ الإيجابِ يكونُ، ولأنّ الإعتاقَ بعدَ الموتِ وصيّةٌ بدَليلِ اعتِبارِه من الثُّلُثِ، وقَبولُ الوصايا بعدَ الموتِ، وإذا كان القبولُ بعدَ الموتِ لا يُعْتَبَرُ قَبولُه في حالِ الحياةِ، وإنّما يُعْتَبَرُ بعدَ الموتِ، فإذا [1] قَبلَ بعدَ الموتِ فهل يُعْتَقُ بعدَ الموتِ بنفسِ القبولِ، أو لا يُعْتَقُ إلاّ بإعتاقِ الوارِثِ أو الوصيِّ أو القاضي [٢/ ١٨٩أ]، لم يُذْكَرْ هذا في الجامِعِ الصّغيرِ.

ولو قال: أنتَ مُدَبّرٌ على ألفٍ فقَبلَ فهو مُدَبّرٌ والمالُ ساقِطٌ، كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ لأنّه عَلّقَ التّدْبيرَ بشرطٍ وهو قَبولُ المالِ، فإذا قَبلَ صار مُدَبّرًا والمُدَبّرُ على ملكِ المولى، فلا يجوزُ أنْ يَلْزمه دَيْنٌ لمولاه فسَقَطَ.

ورَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ في نَوادِرِه فيمَنْ قال لعبدِه: أنتَ مُدَبّرٌ على ألفٍ قال أبو حنيفةَ: ليس له القبولُ السّاعةَ، وله أنْ يَبيعَه قَبلَ أو لم يقبل. فإنْ مات وهو في ملكِه، فقال: قد قَبِلْتُ أدّى الألفَ وعَتَقَ، وهو رِوايةُ عَمْرٍو عن محمّدٍ وقال أبو يوسُفَ: إنْ لم يقبل حتّى مات ليس له أنْ يقبَلَ، وظاهرُ [2] قولِه: أدّى الألفَ وعَتَقَ يقتَضي ثُبوتَ العتقِ من غيرِ إعتاقِ الوارِثِ أو الوصيِّ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ إذا قال: إذا مِتّ فأنتَ حُرٌّ على ألفِ درهم فإنّما يَحْتاجُ إلى القبولِ بعدَ الموتِ [3] [إلا على رواية أبى يوسف على ما بينا] [4] فإذا قَبلَ بعدَ الموتِ فلا يُعْتَقُ بالقبولِ حتّى تُعْتِقَه الورَثةُ أو الوصيُّ؛ لأنّ العتقَ قد تأخّرَ وُقوعُه عن الموتِ، وكُلُّ عِتْقٍ تَأخّرَ وُقوعُه عن الموتِ لا يَثْبُتُ [5] إلاّ بإيقاعٍ من الوارِثِ أو الوصيِّ [بعد مضى اليوم أو الشهر لما قلنا] [6]؛ لأنّه يكونُ وصيّةً بالإعتاقِ، (فلا يَثْبُتُ ما لم يوجدِ) [7] الإعتاقُ كما لو قال: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي بيومٍ أو بشهرٍ أنّه لا يُعْتَقُ ما لم يُعْتِقْه الوارِثُ أو الوصيُّ بعدَ مُضيِّ اليومِ أو الشّهرِ لما قُلْنا كذا ههنا.

---

(١) في المخطوط: «وإذا».
(٢) في المخطوط: «فظاهر».
(٣) في المخطوط: «الوفاة».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يقع».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «فلا يقع قبل وجود».

ثُمّ في الوصيّةِ بالإعتاقِ يملِكُ الوارِثُ الإعتاقَ تَنْجيزًا وتَعليقًا حتّى لو قال له: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ فدخلَ يُعْتَقُ [كما لو نَجّزَ العتقَ، والوصيُّ يملِكُ التّنْجيزَ لا التّعليقَ حتّى لو عَلّقَ بالدُّخولِ فدخلَ لا يُعْتَقُ] (١)، ولأنّ الوارِثَ يتصَرّفُ بحُكمِ الخلافةِ عن الميِّتِ ويقومُ مقامَه كأنّه هو والوصيُّ يتصَرّفُ بالأمرِ فلا يتعَدّى تَصَرُّفُه موضِعَ الأمرِ كالوكيلِ، والوكيلُ بالإعتاقِ لا يملِكُ التّعليقَ، ولو أعتَقَه الوصيُّ أو الوارِثُ عن كفّارةٍ لَزِمَتْه لا يَسْقُطُ عنه؛ لأنّه يقعُ (٢) عن الميِّتِ، والولاءُ عن (٣) الميِّتِ لا عن (٤) الوارِثِ؛ لأنّ الإعتاقَ منه من حيثُ المعنى.

ولو قال: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهم بعدَ موتي. فالقبولُ في هذا في الحياةِ بلا خلافٍ؛ لأنّه جعل القبول في الحالَتَيْنِ شرطًا لثُبوتِ العتقِ بعدَ الموتِ، فإذا قَبلَ صار مُدَبّرًا، ولا يجبُ المالُ لما قُلْنا فإذا مات عَتَقَ ولا شيءَ عليه وهذا حُجّةُ أبي يوسُفَ في المسائلِ المُتَقَدِّمةِ، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه فهو حُرٌّ بعدَ موتي فما في ملكِه صار مُدَبّرًا، (وما يَسْتَفيدُه) (٥) يُعْتَقُ من الثُّلُثِ بغيرِ تَدْبيرٍ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وقال أبو يوسُفَ: لا يدخلُ في هذا الكلامِ ما يَسْتَفيدُه.

وَجْهُ قولِه: أنّ الممْلوكَ للحالِ مُرادٌ من هذا الإيجاب، فلا يكونُ ما يَسْتَفيدُه مُرادًا؛ لأنّ الحالَ مع الاستقبالِ معنيانِ مُخْتَلِفانِ، واللّفْظُ الواحدُ لا يشتمِلُ على معنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، ولهذا لم يدخلِ المُسْتَفادُ في اللفظ هذا في الإعتاقِ الباتِّ، كذا في التّدْبيرِ.

ولهما: أنّ التّدْبيرَ في معنى اليمينِ ومعنى الوصيّةِ، أمّا معنى اليمينِ فظاهرٌ؛ لأنّه تَعليقُ العتقِ بالشّرطِ، فاليمينُ إنْ كان لا يصْلُحُ إلاّ في الملكِ القائمِ أو مُضافًا إلى الملكِ أو سببه فالوصيّةُ تَتَعلّقُ بما في ملكِ الموصي وبما يُسْتَحْدَثُ الملكُ فيه، فإنّ مَنْ أوصَى بثُلُثِ مالِه يدخلُ فيه الممْلوكُ للحالِ وما يَسْتَفيدُه إلى وقتِ الموتِ.

وقولُه: اللّفْظُ الواحدُ لا يشتمِلُ على معنَيَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يعتق».
(٣) في المخطوط: «من».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) في المخطوط: «وما يستقبل».

قُلْنا: قد يشتمِلُ كالكِتابةِ والإعتاقِ على مالٍ فإنّهما يشتمِلانِ على معنى اليمينِ والمُعاوَضةِ كذا هذا، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فصلٌ [في شرائط الركن]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ، فأنواعٌ: بعضُها يَعُمُّ نوعَيِ التّدْبيرِ أعني المُطْلَقَ والمُقَيّدَ وبعضُها يَخُصُّ أحدَهما وهو المُطْلَقُ.

أمّا الذي يَعُمُّ النّوعَيْنِ:

فما ذَكَرْنا في كِتاب العتاقِ، فلا يصحُّ التّدْبيرُ إلاّ بعدَ صُدورِ رُكنِه مُطْلَقًا عن الاستثناءِ من أهلِه مُضافًا إلى مَحِلِّه، ولا يصحُّ إلاّ في الملكِ سَواءً كان مُنَجّزًا أو مُعَلّقًا بشرطٍ أو مُضافًا إلى وقتٍ أو مُضافًا إلى الملكِ أو سبب الملكِ، نحوَ أنْ يقول لعبدٍ لا يملِكُه: إنْ مَلَكتُك فأنتَ مُدَبّرٌ [(١)] أو إنِ اشتريْتُك فأنتَ مُدَبّرٌ [(٢)]؛ (لأن التدبير) [(٣)] إثباتَ حقيقةِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ، وإثباتَ حقِّ الحُرّيّةِ في الحالِ. ولا [(٤)] يَثْبُتُ ذلك إلاّ بعدَ وجودِ الملكِ في الحالِ؛ لأنّه إذا كان موجودًا للحالِ [(٥)] فالظّاهرُ دَوامُه إلى وقتِ وجودِ الشّرطِ والوقتِ، وإذا لم يكنْ موجودًا فالظّاهرُ عَدَمُه فلا يَثْبُتُ حقُّ الحُرّيّةِ عندَ وجودِ الشّرطِ والوقتِ ولا عندَ الموتِ، فلا يَحْصُلُ ما هو الغرَضُ من التّدْبيرِ أيضًا على ما يُذْكَرُ في بيانِ حُكمِ التّدْبيرِ [إنْ شاء اللّه تعالى] [(٦)].

ومنها: أنْ يكونَ التّعليقُ بموتِ المولى حتّى لو عَلّقَ بموتِ غيرِه بأنْ قال: إنْ مات فُلانٌ فأنتَ حُرٌّ لا يصيرُ مُدَبّرًا أصلاً.

وأمّا الذي يَخُصُّ أحدَهما [دون الآخر] [(٧)] فضَرْبانِ:

احدهما: أنْ يكونَ التّعليقُ بمُطْلَقِ موتِ المولى، فإنْ كان بموتٍ موصوفٍ بصِفةٍ لا يكونُ تَدْبيرًا مُطْلَقًا [٢/ ١٨٩ب] بل يكونُ مُقَيّدًا.

---

(١) في المخطوط: «حر».
(٢) في المخطوط: «حر».
(٣) في المخطوط: «لأنّه التزم».
(٤) في المخطوط: «فلا».
(٥) في المخطوط: «في الحال».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.

الثاني: أنْ يكونَ التّعليقُ بموتِه وحْدَه، حتّى لو عَلّقَ بموتِه وشرطٍ آخَرَ لا يكونُ ذلك تَدْبيرًا مُطْلَقًا وقد ذَكَرْنا المسائلَ المُتَعَلِّقَةَ بهذَيْنِ الشّرطَيْنِ فيما تَقَدّمَ .

فصل [في صفة التدبير]

وَأمّا صِفةُ التّدْبيرِ فالتّدْبيرُ مُتَجَزِّئٌ في قولِ أبي حنيفةَ .

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: لا يتجَزّأُ لأنّه باعتِبارِ الحالِ إثباتُ حقِّ الحُرّيّةِ، فيُعْتَبَرُ بإثباتِ حقيقةِ الحُرّيّةِ، وإثباتُ حقيقةِ الحُرّيّةِ يتجزّأُ عندَه، وعندَهما لا يتجَزّأُ، كذا إثباتُ حقِّ الحُرّيّةِ باعتِبارِ المالِ [و] [(١)] هو إثباتُ حقيقةِ الحُرّيّةِ، فكان إعتاقًا، فكان الخلافُ فيه لازِمًا.

وعلى هذا يَخْرُجُ عبدٌ بين اثنَيْنِ دَبّرَه أحدُهما إنّ على قولِ أبي حنيفةَ صار نصيبُه خاصّةً مُدَبّرًا ونصيبُ شريكِه على ملكِه؛ لكَوْنِ [(٢)] التّدْبيرِ مُتَجَزِّئًا عندَه فيقتَصِرُ على نصيبِه، ثُمّ إنْ كان المُدَبِّرُ موسِرًا فلِلشّريكِ سِتُّ خياراتٍ إنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء ضَمِنَ وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ وإنْ شاء تركه على حالِه .

أمّا خيارُ الإعتاقِ والتّدْبيرِ والكِتابةِ [(٣)] والاستِسْعاءِ، فلأنّ نصيبَه بقيَ على ملكِه في حقِّ التّخْريجِ إلى العتاقِ .

وأمّا خيارُ التّضْمينِ: فلأنّه بالتّدْبيرِ أخرجَه من أنْ يكونَ مَحَلًّا للتّمَلُّكِ مُطْلَقًا بالبيعِ والهِبةِ والرّهْنِ ونحوِ ذلك، فقد أتْلَفَه عليه في حقِّ هذه التّصَرُّفاتِ فكان له وِلايةُ التّضْمينِ.

وأمّا خيارُ التّرْكِ على حالِه فلأنّ الحُرّيّةَ لم تَثْبُتْ في جزءٍ منه فجاز إبْقاؤُه على الرِّقِّ، وإنّه مُفيدٌ؛ لأنّ له أنْ يَنْتَفِعَ به مَنْفَعةَ الكسْبِ والخدمةِ، فلا يُكَلّفُ بالتّخْريجِ إلى الحُرّيّةِ ما لم يمُتِ المُدَبِّرُ فإنِ اختارَ الإعتاقَ فأعتَقَ، فللمُدَبِّرِ أنْ يرجِعَ على المُعْتِقِ بنصفِ قيمَتِه مُدَبّرًا؛ لأنّه أتْلَفَ عليه نصيبَه وهو مُدَبّرٌ فيَضْمَنُ قيمَتَه مُدَبّرًا والولاءُ بينهما؛ لأنّ الإعتاقَ منهما لأنّ نصيبَ المُدَبِّرِ لا يحتمل الانتِقال إلى المُعْتَقِ؛ لأنّ التّدْبيرَ يمْنَعُ من ذلك

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) في المخطوط: «والمكاتبة».

وللمُعْتِقِ أنْ يرجعَ على العبدِ بما ضَمِنَ ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الإعتاقِ حَصَلَتْ له، وإنْ شاء المُدَبِّرُ أعتَقَ نصيبَه وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى وليس له التّرْكُ على حالِه ؛ لأنّه مُعْتِقُ البعضِ، فيجبُ تخريجُه إلى العتاقِ.

هذا إذا [١] كان المُعْتِقُ موسِرًا فإنْ كان مُعْسِرًا فللمُدَبّرِ ثلاثةُ خياراتٍ إنْ شاء أعتقَ وإنْ شاء استَسْعَى وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء اختارَ التّدْبيرَ فدَبّرَ نصيبَه حتّى صار العبدُ مُدَبّرًا بينهما، وساوَى شريكَه في التّصَرُّفِ ثُمّ مات أحدُهما عَتَقَ نصيبُ الميِّتِ بالتّدْبيرِ ويكونُ من الثُّلُثِ ؛ لأنّ التّدْبيرَ وصيّةٌ، ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه للباقي إنْ شاء ؛ لأنّه صار مُعْتِقَ البعضِ، وإنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء كاتَبَ وليس له التّرْكُ على حالِه لما قُلْنا .

فإنْ مات الشّريكُ الآخَرُ قبل أخذِ السِّعايةِ [وله مال يخرج نصيبه من ثلثه] [٢] عَتَقَ نصيبُه من الثُّلُثِ أيضًا لما قُلْنا، وبَطَلَتِ السِّعايةُ ؛ لأنّ العتقَ حَصَلَ بموتِ المولى والمُدَبّرُ إذا أُعْتِقَ بموتِ مولاه وقيمَتُه تخرُجُ من الثُّلُثِ لا يجبُ [٣] عليه السِّعايةُ .

وقيلَ إنّ هذا على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ، فأمّا على قياسِ قولِهما فلا يَبْطُلُ ؛ لأنّ الإعتاقَ عندَهما لا يتجزّأُ فقد عَتَقَ كُلُّه بموتِ الأوّلِ فوَجَبَتِ السِّعايةُ عليه وهو حُرٌّ، فكان ذلك بمنزلةِ دُيونٍ وجَبَتْ على الحُرِّ فلا تَسْقُطُ بالموتِ .

وأمّا على قولِ أبي حنيفةَ: فلا يعتِقُ نصيبُ الشّريكِ ما لم يُؤَدِّ السِّعايةَ إذا اختارَ السِّعايةَ ؛ لأنّ الإعتاقَ مُتَجَزِّئٌ عندَه فإذا مات الشّريكُ فهذا مُدَبّرٌ مات مولاه وقيمَتُه تخرُجُ من الثُّلُثِ فيُعْتَقُ من غيرِ سِعايةٍ، وإنِ اختارَ الكِتابةَ وكاتَبَه صَحّتِ الكِتابةُ ؛ لأنّ نصيبَه على ملكِه فإنْ أدّى فعَتَقَ مضى الأمرُ، وإنْ مات المولى قبل الأداءِ وهو يَخْرُجُ من الثُّلُثِ عَتَقَ وبَطَلَتْ [عنه] [٤] السِّعايةُ، وإنْ [٥] كان لا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ بأنْ لم يكنْ له مالٌ غيرُه ففيه خلافٌ بين أصحابنا الثّلاثةِ يُذْكَرُ فيما بعدُ إنْ شاء اللّه تعالى .

وإنِ اختارَ تَضْمينَ المُدَبِّرِ فضَمِنَه فقد صار العبدُ كُلُّه للمُدَبِّرِ لانتِقالِ نصيب شريكِه إليه بالضّمانِ، والولاءُ كُلُّه للمُدَبِّرِ ؛ لأنّ كُلّه عَتَقَ على ملكِه وللمُدَبِّرِ أنْ يرجعَ بما ضَمِنَ على

---

(١) في المخطوط: «إن».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «تجب».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فإن».

العبدِ فيَسْتَسْعيه؛ لأنّ الشّريكَ كان له أنْ يَسْتَسْعيَه فلَمّا ضَمِنَ المُدَبِّرُ قامَ مقامَه فيما كان له، فإنْ مات المُدَبِّرُ عَتَقَ نصفُه من ثُلُثِ المالِ؛ لأنّ نصفَه قد صار مُدَبّرًا فيُعْتَقُ بموتِه، لكنْ من ثُلُثِ المالِ لما قُلْنا ويَسْعَى في النّصفِ الآخَرِ كامِلًا للوَرَثةِ؛ لأنّ ذلك النِّصفَ كان قِنًّا وإنْ شاءوا أعتَقوا ذلك النِّصفَ وإنْ شاءوا دَبّروا وإنْ شاءوا كاتَبوا وإنْ شاءوا تَرَكوه على حالِه.

وإنِ[1] اختارَ الاستِسْعاءَ سَعَى العبدُ في نصفِ قيمَتِه، فإذا أدّى يُعْتَقُ ذلك النِّصفُ، ولا يَضْمَنُ الشّريكُ للمُدَبِّرِ شيئًا لأنّ العتقَ حَصَلَ بسببٍ لا صُنْعَ له فيه فلم[2] يوجدْ منه سببُ وجوب الضّمانِ وللمُدَبِّرِ أنْ يرجعَ على العبدِ فيَسْتَسْعيه؛ لأنّ العبدَ صار كمُعْتَقِ البعضِ فإذا [٢/ ١٩٠أ] أدّى يعتِقُ كُلُّه والولاءُ بينهما؛ لأنّ نصيبَ كُلٍّ واحدٍ منهما عَتَقَ على ملكِه، فإنْ مات المُدَبِّرُ قبل أنْ يأخُذَ السِّعايةَ بَطَلَتِ السِّعايةُ وعَتَقَ ذلك النِّصفُ من ثُلُثِ مالِه لما بيّنّا.

وإنِ اختارَ تَرْكَ نصيبه على حاله فمات يكون نصيبُه موروثًا عنه فيَنْتَقِلُ الخيارُ إلى الورَثةِ في الإعتاقِ والتّدْبيرِ والكِتابةِ والاستِسْعاءِ والتّرْكِ على حالِه؛ لأنّ نصيبَه انتقَلَ إليهم وقد كان له هذه الخياراتُ.

وإنْ مات المُدَبِّرُ عَتَقَ ذلك النِّصفُ من الثُّلُثِ، ولِغيرِ المُدَبِّرِ أنْ يَسْتَسْعيَ العبدَ في نصفِ قيمَتِه إنْ شاء وإنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء دَبّرَ وإنْ شاء كاتَبَ، وليس له خيارُ التّرْكِ؛ لأنّه صار مُعْتَقَ البعضِ فيجبُ تخريجُه إلى العتقِ لا مَحالةَ، والولاءُ بينهما؛ لأنّ نصيبَ كُلِّ واحدٍ منهما عَتَقَ على ملكِه، هذا إذا كان المُدَبِّرُ موسِرًا فإنْ كان مُعْسِرًا فلِلشّريكِ الخياراتُ التي ذَكَرْنا إلاّ خيار[3] التّضْمينِ.

وأمّا على قولِهما إذا دَبّرَ نصيبَه فقد صار كُلُّه مُدَبّرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ لا يتجَزّأُ عندَهما ويَضْمَنُ المُدَبِّرُ لشريكِه نصفَ قيمَتِه موسِرًا كان أو مُعْسِرًا فقد فرّقا بين التّدْبيرِ وبين الإعتاقِ أنّ في الإعتاقِ لا يَضْمَنُ إذا كان مُعْسِرًا، وإنّما يَسْعَى العبدُ؛ لأنّ هذا ضَمانُ[4] إتْلافٍ أو ضَمانُ تَمَلُّكٍ أو ضَمانُ حَبْسِ المالِ، وإنّه لا يختلِفُ باليسارِ والإعسارِ في أُصولِ

---

(١) في المخطوط: «فإن».
(٢) في المخطوط: «ولم».
(٣) في المطبوع: «اختيار».
(٤) في المخطوط: «الضمان».

الشّرعِ، إلاّ أنّ السِّعايةَ في باب الإعتاقِ ثَبَتَتْ بخلافِ القياسِ بالنّصّ، ولأنّ بالإعتاقِ قد زالَ العبدُ عن ملكِ المُعْتِقِ وصار حُرًّا فيَسْعَى وهو حُرٌّ وههنا الملكُ قائمٌ بعدَ التّدْبيرِ وكَسْبُ المُدَبّرِ على ملكِ مولاه، فلا [١] يُمْكِنُ القولُ بالاستِسْعاءِ.

هذا إذا دَبّرَه أحدُهما أو دَبّراه على التّعاقُب، فَإنْ دَبّراه مَعًا يَنْظُرْ إنْ قال كُلُّ واحدٍ منهما: قد دَبّرْتُك أو أنتَ مُدَبّرٌ أو نصيبي منك مُدَبّرٌ أو قال إذا مِتّ فأنتَ حُرٌّ أو أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي. وخرج الكلامانِ مَعًا صار مُدَبّرًا لهما بلا خلافٍ؛ لأنّ تَدْبيرَ كُلِّ واحدٍ منهما صادَفَ ملكَ نَفَسِه فصار العبدُ مُدَبّرًا بينهما فإذا مات أحدُهما عَتَقَ نصيبُه من الثُّلُثِ، والآخَرُ بالخيارِ إنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء كاتَبَ وإنْ شاء استَسْعَى، وليس له أنْ يَتْرُكَه على حالِه؛ لأنّه صار مُعْتَقَ البعضِ، فإذا مات الباقي منهما قبل أخذِ السِّعايةِ بَطَلَتِ السِّعايةُ وعَتَقَ إنْ كان يَخْرُجُ من الثُّلُثِ لما ذَكَرْنا.

وإنْ قالا جميعًا: إذا مُتْنا فأنتَ حُرٌّ (أو أنتَ) [٢] حُرٌّ بعدَ موتِنا وخرج كلامُهما مَعًا، لا يصيرُ مُدَبّرًا لأنّ كُلّ واحدٍ منهما عَلّقَ عِتْقَه بموتِه وموتِ صاحِبه، فصار كأنّ كُلّ واحدٍ منهما قال: إنْ مِتّ أنا وفُلانٌ فأنتَ حُرٌّ أو أنتَ حُرٌّ إنْ مِتّ أنا وفُلانٌ إلاّ إذا مات أحدُهما فيصيرُ نصيبُ الباقي منهما مُدَبّرًا لصَيْرورةِ عِتْقِه مُعَلّقًا بموتِ المولى مُطْلَقًا، وصار نصيبُ الميِّتِ ميراثًا لوَرَثَتِه، ولهم الخياراتُ إنْ شاءوا أعتَقوا وإنْ شاءوا دَبّروا وإنْ شاءوا كاتَبوا وإنْ شاءوا استَسْعَوْا وإنْ شاءوا ضَمِنوا الشّريكَ إنْ كان موسِرًا، وإذا مات الآخَرُ عَتَقَ نصيبُه من الثُّلُثِ.

هذا إذا دَبّرَه أحدُهما أو كِلاهما، فإنْ دَبّرَ أحدُهما أو أعتَقَه الآخَرُ فهذا في الأصلِ لا يَخْلو من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ خرج الكلامانِ على التّعاقُب، وإمّا أنْ خرجا مَعًا، فإنْ خرجا على التّعاقُب فإمّا أنْ عُلِمَ السّابقُ منهما، وإمّا أنْ لم يُعْلم، فإنْ عُلِمَ فإنْ كان الإعتاقُ سابقًا بأنْ أعتَقَه أحدُهما أوّلاً ثُمّ دَبّرَه الآخَرُ.

فأمّا على قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ فكَما أعتَقَه أحدُهما فقد عَتَقَ كُلُّه؛ لأنّ الإعتاقَ عندَهما لا يتجزّأُ، وتَدْبيرُ الشّريكِ باطِلٌ؛ لأنّه صادَفَ الحُرّ، والولاءُ كُلُّه للمُعْتِقِ؛ لأنّ كُلّه عَتَقَ بإعتاقِه، وعليه الضّمانُ إنْ كان موسِرًا وعلى العبدِ السِّعايةُ إنْ كان مُعْسِرًا لما

---

(١) في المخطوط: «فلم».
(٢) في المخطوط: «وأنت».

ذَكَرْنا في كِتاب العتاقِ، [فصار] (١) كعبدٍ بين اثنَيْنِ أعتَقَه أحدُهما وسَكَتَ الآخَرُ، وقد ذَكَرْنا فيما تقَدّمَ.

وأمّا على قولِ أبي حنيفةَ: إذا أعتَقَه أحدُهما، فلم يُعْتِقْ إلاّ نصيبَه لتَجزُّؤِ الإعتاقِ عندَه، فلَمّا دَبّرَه الآخرُ فقد صَحّ تَدْبيرُه؛ لأنّه دَبّرَ ملكَ نفسِه فصَحّ وصار ميراثًا للمُعْتِقِ عن الضّمانِ؛ لأنّه قد ثَبَتَ له بإعتاقِ الشّريكِ خياراتٌ منها التّضْمينُ ومنها التّدْبيرُ، فإذا دَبّرَه فقد استَوْفَى حقّه فبَرِئَ المُعْتِقُ عن الضّمانِ، ولأنّه إنّما يَثْبُتُ له وِلايةُ التّضْمينِ بشرطِ نَقْلِ نصيبِه إلى المُعْتَقِ بالضّمانِ وقد خرج [الجوابُ] (٢) عن احتمالِ النّقْلِ بالتّدْبيرِ فسَقَطَ الضّمانُ، والمُدَبِّرُ بالخيارِ إنْ شاء أعتَقَ نصيبَه الذي صار مُدَبّرًا وإنْ شاء كاتَبَه وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ، وليس له أنْ يَتْرُكَه على حالِه؛ لأنّه قد عَتَقَ بعضُه فوَجَبَ تخريجُه إلى العتقِ (٣) بالطُّرُقِ التي بيّنّا، وإذا مات المُدَبِّرُ عَتَقَ نصيبُه الذي صار مُدَبّرًا من الثُّلُثِ، والولاءُ بينهما؛ لأنّ كُلّه عَتَقَ بإعتاقِهما، النِّصفُ بالإعتاقِ الباتِّ والنِّصفُ بالتّدْبيرِ، فعَتَقَ نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهما على ملكِه [٢/ ١٩٠ب]. وإنْ كان التّدْبيرُ سابقًا بأنْ دَبّرَه أحدُهما أوّلاً ثُمّ أعتَقَ الآخَرُ، فعلى قولِهما كما دَبّرَه أحدُهما صار كُلُّه مُدَبّرًا له؛ لأنّ التّدْبيرَ عندَهما لا يتجَزّأُ كالإعتاقِ الباتّ ويَضْمَنُ المُدَبِّرُ نصيبَ شريكِه قِنًّا، سَواءً كان موسِرًا أو مُعْسِرًا لما بيّنّا.

وأمّا على قولِ أبي حنيفةَ فلم يصِرْ كُلّه مُدَبّرًا، بل نصيبُه خاصّةً لتَجزُّؤِ التّدْبيرِ عندَه فصَحّ إعتاقُ الشّريكِ فعَتَقَ نصفُه، وللمُدَبِّرِ أنْ يرجعَ على المُعْتِقِ بنصفِ قيمةِ العبدِ مُدَبّرًا إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا لما ذَكَرْنا (٤) فيما تَقَدّمَ، وإنْ شاء أعتَقَ نصيبَه الذي هو مُدَبّرٌ، وإنْ شاء استَسْعَى العبدَ وليس له أنْ يَتْرُكَه على حالِه؛ لأنّه مُعْتَقُ البعضِ، وإنْ خرج الكلامانِ مَعًا [لا يرجعُ أحدُهما على صاحِبه بضَمانٍ؛ لأنّ الضّمانَ إنّما يجبُ بإتْلافِ مالِ الغيرِ، فإذا خرج الكلامانِ مَعًا] (٥) كان كُلُّ واحدٍ منهما مُتَصَرِّفًا في ملكِ نَفْسِه لا مُتْلِفًا ملكَ غيرِه، فلا يجبُ عليه الضّمانُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «العتاق».
(٤) في المخطوط: «بينا».
(٥) ليست في المخطوط.

ومنهم مَنْ قال: هذا على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ [١] الإعتاقَ والتّدْبيرَ كُلُّ واحدٍ منهما يتجزّأُ [٢] عندَه، فصَحّ التّدْبيرُ في النِّصفِ والإعتاقُ في النِّصفِ.

فأمّا على قياسِ قولِهما يَنْفُذُ الإعتاقُ ويَبْطُلُ التّدْبيرُ؛ لأنّ الإعتاقَ والتّدْبيرَ لا يتجزّآنِ، والإعتاقُ أقوى فيَدْفَعُ الأدنى.

وإنْ كان أحدُهما سابقًا لكنْ لا نَعْلَمُ [٣] السّابقَ منهما من اللاّحِقِ، ذَكَرَ في الأصلِ أنّ المُعْتِقَ يَضْمَنُ رُبْعَ قيمةِ العبدِ للمُدَبِّرِ ويَسْتَسْعي العبدَ له في الرُّبْعِ الآخَرِ، وهذا استِحْسانٌ، ولم يَذْكُرِ الخلافَ، ومنهم مَنْ قال: هذا قولُ أبي حنيفةَ. فأمّا عندَهما فالجوابُ فيه وفيما [٤] إذا خرج الكلامانِ مَعًا سَواءٌ.

وجه قولِهما: إنّ كُلّ أمرَيْنِ حادِثَيْنِ لا يُعْلَمُ تاريخُهما يُحْكَمُ بوُقوعِهما مَعًا في أُصولِ الشّرعِ كالغرْقَى والحرْقَى والهَدْمَى، ولهذا قال بعضُ أهلِ الأُصولِ: في النّصِّ العامِّ والخاصِّ إذا تَعارَضا وجُهِلَ التّاريخُ أنّه يُجْعَلُ كأنّهما ورَدا مَعًا، ويُبنَى العامُّ على الخاصِّ على طريقِ البيانِ، ويكونُ المُرادُ من النّصِّ العامِّ ما وراءَ القدرِ المخْصوصِ.

وجه [قياسِ] [٥] قولِ ابي حنيفة: أنّه وقَعَ الشّكُّ في وجوب الضّمانِ على المُعْتِقِ لوُقوعِ الشّكِّ في سبب وجوبه؛ لأنّ التّدْبيرَ إنْ كان لاحِقًا كان المُدَبِّرُ بالتّدْبيرِ جَبْريًّا للمُعْتِقِ من الضّمانِ لما مَرّ، وإنْ كان سابقًا يجبِ الضّمانُ على المُعْتِقِ فوَقَعَ الشّكُّ في الوجوب، والوجوبُ لم يكنْ ثابتًا فلا يَثْبُتُ مع الشّكِّ.

وجه الاستِحْسانِ له اعتِبارُ الأحْوالِ وهو: أنّ الإعتاقَ إذا [٦] كان مُتَقَدِّمًا على التّدْبيرِ فقد أبْرأَ المُدَبِّرُ المُعْتِقَ عن الضّمانِ، وإنْ كان مُتَأخِّرًا فالمُعْتِقُ ضامِنٌ وقد سَقَطَ ضَمانُ التّدْبيرِ بالإعتاقِ بعدَه. فإذًا لا ضَمانَ على المُدَبِّرِ في الحالَتَيْنِ [٧] جميعًا والمُعْتِقُ يَضْمَنُ في حالٍ ولا يَضْمَنُ في حالٍ، والمضْمونُ هو النِّصفُ فيَنْتَصِفُ [فيعتِقُ] [٨] رُبْعَ القيمةِ [٩]

---

(١) في المخطوط: «أن».
(٢) في المخطوط: «متجزئ».
(٣) في المخطوط: «يعلم».
(٤) في المخطوط: «وما».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «وإن».
(٧) في المخطوط: «الحالين».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «قيمة العبد».

ويَسْعَى العبدُ للمُدبّرِ في الرُّبْعِ الآخرِ؛ لأنّه لَمّا تَعَذّرَ التّضمينُ فيه ووَجَبَ تخريجُه إلى العتاقِ، أُخرِجَ بالسِّعايةِ كما لو كان المُعْتِقُ موسِرًا، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

مُدبّرةٌ بين رجلَيْنِ [١] جاءَتْ بوَلَدٍ ولم يَدّعِ أحدُهما فهو مُدبّرٌ بينهما كأُمّه؛ لأنّ ولدَ المُدبّرةِ مُدبّرٌ لما نَذَرَ [٢] في بيانِ حُكمِ التّدْبيرِ إنْ شاء اللّه تعالى .

فإنِ ادّعاه أحدُهما فالقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ نَسَبُه منه، وهو قولُ زُفَرَ وإليه مالَ الطّحاويُّ من أصحابنا، وفي الاستِحْسانِ يَثْبُتُ .

وجه القياسِ: أنّهما لَمّا دَبّراه فقد ثَبَتَ حقُّ الولاءِ لهما جميعًا؛ لأنّه ولدُ مُدَبّرَتِهما جميعًا، وفي إثباتِ النّسَب من المُدّعي إبْطالُ هذا الحقِّ عليه، والولاءُ لا يَلْحقُه الفسخُ وجه الاستِحْسانِ أنّ النّسب قد ثَبَتَ في نصيب المُدّعي [٣] لوجودِ سبب الثُّبوتِ وهو الوطْءُ في الملكِ، وإذا ثَبَتَ في نصيبه يَثْبُتُ في نصيب شريكِه؛ لأنّ النّسب لا يتجَزّأُ .

وأمّا قولُه: حقُّ الولاءِ لا يحتملُ الفسخَ، فنَقولُ نحنُ: يَثْبُتُ النّسَبُ ولا يَسْقُطُ حقُّ الولاءِ؛ لأنّه لا تَنافيَ بينهما، فيَثْبُتُ النّسَبُ من الشّريكِ المُدّعي ويَبْقَى نصفُ الولاءِ للشّريكِ الآخَرِ، وصار [٤] نصفُ الجاريةِ أُمّ ولدٍ له، ونصفُها مُدَبّرةً على حالِها للشّريكِ .

فإنْ قِيلَ: الاستيلادُ لا يتجَزّأُ وهذا قولٌ بالتّجْزئةِ فالجوابُ ما ذَكَرْنا [في كِتاب العتاقِ] [٥] أنّه مُتَجزِّئٌ في نَفْسِه عندَ أبي حنيفةَ كالإعتاقِ إلاّ أنّه يتكامَلُ في بعضِ المواضِعِ [لوجودِ سبب التّكامُلِ] [٦] . على أنّا نَقولُ: الاستيلادُ لا يتجَزّأُ فيما يحتملُ نَقْلَ الملكِ فيه . فأمّا ما لا يحتملُ فهو مُتَجزِّئٌ، وههنا لا يحتملُ لما نَذْكُرُ ويَغْرَمُ المُدّعي نصفَ العُقْرِ لشريكِه ونصفَ قيمةِ الولدِ مُدبّرًا، ولا يَضْمَنُ نصفَ قيمةِ الأُمّ أمّا وجوبُ نصفِ العُقْرِ فلأنّه أقَرّ بالوطْءِ في ملكِ الغيرِ لإقرارِه بوَطْءِ مُدبّرةٍ مُشْتَرَكةٍ بينهما، وأنّه حَرامٌ إلاّ أنّ الحدّ لا يجبُ للشُّبْهةِ؛ لأنّ نصفَ الجاريةِ ملكُه، فيجبُ العُقْرُ، ويَغْرَمُ نصفَ قيمةِ الولدِ مُدبّرًا؛ لأنّه بالدّعْوةِ أتْلَفَ على شريكِه ملكَه الثّابتَ ظاهرًا؛ لأنّه حَصَلَ في [٧] مَحَلٍّ هو ملكُهما،

---

(١) في المخطوط: «اثنين».

(٢) في المخطوط: «نذكر».

(٣) زاد في المخطوط: «إبطال هذا الحق عليه».

(٤) في المخطوط: «ويبقى».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) في المخطوط: «من».

فإذا ادّعاه فقد أتْلَفَ على شريكِه ملكَه الثّابتَ من حيثُ الظّاهرُ بإخراجِه من أنْ يكونَ مُنْتَفِعًا به مَنْفَعةَ الكسْب والخدمةِ، فيَضْمَنُ نصفَ قيمَتِه مُدَبّرًا؛ لأنّه أتْلَفَ على شريكِه نصفَ المُدبّرِ ولا يَغْرَمُ [٢/ ١٩١أ] نصفَ قيمةِ الجاريةِ؛ لأنّ نصيبَ [١] الشّريكِ قد بقيَ على ملكِه ولم تَصِرِ الجاريةُ كُلُّها أمّ ولدٍ له؛ لأنّ استيلادَ نصيب شريكِه يعتَمِدُ تَمَلُّكَ [٢] نصيبه، ونصيبُه لا يحتملُ التّمَلُّكَ لكَوْنِه مُدبّرًا، بخلافِ الأمةِ القِنّةِ بين رجلَيْنِ جاءَتْ بوَلَدٍ، فادّعاه أحدُهما أنّه يَثْبُتُ النّسَبُ ويَغْرَمُ نصفَ عُقْرِ الجاريةِ لشريكِه، وتَصيرُ الجاريةُ كُلُّها أمّ ولدٍ له، ولا يَغْرَمُ من قيمةِ الولدِ شيئًا؛ لأنّ هناك نصيبَ الشّريكِ مُحْتَمَلُ النّقْلِ، فأمكَنَ القولُ بتَمَلُّكِ نصيبه ببَدَلِ ضَرورةِ صحّةِ الاستيلادِ، والتّمَلُّكُ يَسْتَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ، فتَبيّنَ أنّ الولدَ حَدَثَ على ملكِه فلا يكونُ مَضْمونًا عليه، وههنا نصيبُ الشّريكِ لا يحتملُ النّقْلَ فيقتَصِرُ الاستيلادُ على نصيب المُدّعي ويَنْفَرِدُ الولدُ بالضّمانِ لانفِرادِه بسبب وجوب الضّمانِ.

فإنْ مات المُدّعي أوّلاً عَتَقَ نصيبُه بغيرِ شيءٍ؛ لأنّ نصيبَه أُمُّ ولدٍ له فلا تَسْعَى في نصيبه، ولا يَضْمَنُ للشّريكِ السّاكِتِ شيئًا لحُصولِ العتقِ من غيرِ صُنْعِه وهو الموتُ، ويَسْعَى في نصيب الآخَرِ في قولِهم جميعًا؛ لأنّ نصيبَه مُدبّرٌ، فإنْ مات الآخَرُ قبل أنْ يأخُذَ السِّعايةَ عَتَقَ كُلُّها إنْ خرجتْ من ثُلُثِ مالِه، وبَطَلَتِ السِّعايةُ عنها في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ.

وعلى قياسِ قولِهما: لا تَبْطُلُ بناءً على أنّ الإعتاقَ يتجَزّأُ عندَه، وعندَهما لا يتجَزّأُ وقد ذَكَرْنا وجهَ البناءِ فيما تَقَدّمَ.

وإنْ مات الذي لم يَدّعِ أوّلاً عَتَقَ نصيبُه من الثُّلُثِ؛ لأنّ نصيبَه مُدبّرٌ له ولا يَسْعَى في نصيب الآخَرِ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ نصيبَه أُمُّ ولدٍ له ورِقُّ أُمِّ الولدِ ليس بمُتَقَوِّمٍ عندَه، وفي قولِهما يَسْعَى لأنّ رِقّه مُتَقَوِّمٌ فإنْ لم يمُتْ واحدٌ منهما حتّى ولدَتْ ولدًا آخَرَ فادّعاه فهو ضامِنٌ لنصفِ العُقْرِ؛ لأنّه أقرّ بوَطْءِ مُدَبّرةٍ مُشْتَرَكةٍ بينهما، وأيُّهما مات يعتِقْ كُلَّ الجاريةِ؛ لأنّ نصيبَ كُلِّ واحدٍ منهما أُمُّ ولدٍ، وأُمُّ الولدِ إذا أُعْتِقَ بعضُها عَتَقَ كُلُّها ولا سِعايةَ عليها، وإنْ [جاءَتْ بوَلَدٍ] [٣] وادّعَياه جميعًا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُه منهما جميعًا وصارتِ

---

(١) في المخطوط: «نصف قيمة».
(٢) في المخطوط: «بملك».
(٣) ليست في المخطوط.

الجاريةُ أُمّ ولدٍ لهما جميعًا ويَبْطُلُ التّدْبيرُ إلى خَلَفٍ هو خيْرٌ، وهو الاستيلادُ؛ لأنّ عِتْقَ الاستيلادِ يَنْفُذُ من جميعِ المالِ فكان خَيْرًا لها من التّدْبيرِ، وحُكمُ الضّمانِ في القِنِّ [١] ما هو الحُكمُ في الجاريةِ القِنّةِ وسَنَذْكُرُه في كِتاب الاستيلادِ إنْ شاء اللّه تعالى .

وَلو دَبّرَه عبدَه ثُمّ كاتَبَه جازَتِ الكِتابةُ لما ذَكَرْنا، فإنْ أدّى الكِتابةَ قبل موتِ المولى عَتَقَ لوجودِ شرطِ العتقِ بسبب الكِتابةِ، وهو أداءُ بَدَلِ الكِتابةِ، وإنْ لم يُؤَدِّ حتّى مات المولى عَتَقَ أيضًا إنْ كان يَخْرُجُ كُلُّه من ثُلُثِ مالِ المولى؛ لوجودِ شرطِ العتقِ بسبب التّدْبيرِ وهو موتُ المولى . وخُروجُ المُدَبّرِ من ثُلُثِ [٢] مالِه ولا سِعايةَ عليه؛ لأنّ عِتْقَ المُدَبّرِ وصيّةٌ والوصيّةُ في الثُّلُثِ نافِذةٌ فإذا خرج كُلُّه من الثُّلُثِ عَتَقَ كُلُّه من غيرِ سِعايةٍ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ آخَرُ سِواه فلَه الخيارُ إنْ شاء استَسْعَى في جميعِ الكِتابةِ وإنْ شاء سَعَى في ثُلُثَيْ قيمَتِه، فإنِ اختارَ الكِتابةَ سَعَى على النُّجومِ وإنِ اختارَ السِّعايةَ في ثُلُثَيْ قيمَتِه يَسْعَى حالاً، وهذا قولُ أبي حنيفةَ .

وقال أبو يوسُفَ: يَسْعَى في الأقَلِّ من جميعِ الكِتابةِ ومن ثُلُثَي القيمةِ وقال محمّدٌ: يَسْعَى في الأقَلِّ من ثُلُثَيِ الكِتابةِ ومن ثُلُثَيِ القيمةِ، والخلافُ في هذه المسألةِ يقعُ في فصلَيْنِ:

أحدُهما: في الخيارِ .

والثّاني: في المِقْدارِ .

والخلافُ في الخيارِ بين أبي حنيفةَ وصاحِبيه، وفي المِقْدارِ بين أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وبين محمّدٍ أمّا فصلُ الخيارِ فالخلافُ فيه مبنيٌّ على أنّ العتقَ يتجزّأُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا يتجزّأُ .

ووَجْه البناءِ على هذا الأصلِ: أنّ العتقَ لَمّا كان مُتجزّئًا عندَه لم يعتِقْ بموتِ المولى إلاّ ثُلُثُ العبدِ، وبقيَ الثُّلُثانِ منه رَقيقًا، وقد تَوَجّهَ إلى الثُّلُثَيْنِ العتقُ من جِهَتَيْنِ :

إحداهما: الكِتابةُ بأداءِ بَدَلٍ مُؤَجّلٍ .

والثّانيةُ: التّدْبيرُ بسِعايةِ ثُلُثَيِ القيمةِ مُعَجّلاً، فيُخَيّرُ إنْ شاء مالَ إلى هذا وإنْ شاء مالَ

(١) في المخطوط: «والكسب».

(٢) في المخطوط: «الثلث».

إلى ذاكَ، ولمّا لم يكنِ العتقُ مُتجزِّئًا عندَهما فإذا عَتَقَ ثُلُثُه بالموتِ فقد عَتَقَ كُلُّه، وبَطَلَ التّأجيلُ في بَدَلِ الكِتابةِ، فصار المالانِ جميعًا حالاً، وعليه أخذُ [(١)] المالَيْنِ: إمّا الكِتابةَ، وإمّا السِّعايةَ، وأحدُهما أقلُّ والآخرُ أكثرُ، فلا فائدةَ في التّخييرِ؛ لأنّه يَختارُ الأقلَّ لا مَحالةَ، ولأنّ الواجِبَ عليه إذا كان أحدُ المالَيْنِ وأحدُهما أكثرُ من الآخرِ [أو أقلُّ] [(٢)] كان الأقلُّ مُتيقّنًا به فيلْزَمُه ذلك.

وأمّا فصلُ المِقْدارِ فوَجْه قولِ محمّدٍ: إنّ بَدَلَ الكِتابةِ كُلّه قوبلَ بكُلِّ الرّقَبةِ لأنّ العقدَ قد انعقَدَ عليه حيثُ قال: كاتَبْتُك على كذا، وقد عَتَقَ ثُلُثُ الرّقَبةِ فيَسْقُطُ عنه ما كان بمُقابَلَتِه، وهو ثُلُثُ البدَلِ فيَبْقَى [(٣)] الثُّلُثانِ، ولأنّ ثُلُثَ مالِ المولى لو كان مثلَ كُلِّ قيمةِ العبدِ لَسَقَطَ عنه كُلُّ بَدَلِ الكِتابةِ، فإذا كان مثلَ ثُلُثِ قيمَتِه [٢/ ١٩١ب] يجبُ أنْ يَسْقُطَ ثُلُثُ بَدَلِ الكِتابةِ فيَبْقَى الثُّلُثانِ، فيَسْعَى في الأقلِّ من ثُلُثَيِ الكِتابةِ، ومن ثُلُثَيِ القيمةِ لما قُلْنا.

ولهُما: أنّ العبدَ كان استَحقّ ثُلُثَ رَقَبَتِه بالتّدْبيرِ السّابقِ قبل عقدِ الكِتابةِ، فإنّه يُسَلّمُ له ذلك كائنًا [(٤)] ما كان فإذا كاتَبَه بعدَ ذلك فالبدَلُ لا يُقابلُ القدرَ المُسْتَحقّ وهو الثُّلُثُ، وإنّما يُقابلُ الثُّلُثَيْنِ، فإذا قال كاتَبْتُك على كذا فقد جعل [المالَ] [(٥)] بمُقابَلةِ ما لا يصحُّ المُقابَلةُ به وهو الثُّلُثُ، وبمُقابَلةِ ما يصحُّ المُقابَلةُ به وهو الثُّلُثانِ فيصْرِفُ كُلّ البدَلِ إلى ما يصحُّ المُقابَلةُ به وهو الثُّلُثانِ، كمَنْ طَلّقَ امرأتَه الحُرّةَ تطليقَتَيْنِ ثُمّ طَلّقَها ثلاثًا على ألفِ درهمٍ، لَزِمَها كُلُّ الألفِ لما قُلْنا.

وكذا إذا جَمع بين مَنْ يَحِلُّ نِكاحُها وبين مَنْ لا يَحِلُّ نِكاحُها، فتزوّجَها [(٦)] بألفِ درهمٍ وجبَتِ الألفُ كُلُّها بمُقابَلةِ نِكاحِ مَنْ يَحِلُّ له نِكاحُها عندَ أبي حنيفةَ، وإذا كان الأمرُ على ما وصَفْنا فالثُّلُثُ وإنْ عَتَقَ عندَ الموتِ لكنْ لا بَدَلَ بمُقابَلَتِه، وإنّما البدَلُ كُلُّه بمُقابَلةِ الثُّلُثَيْنِ فلم يَسْقُطْ من البدَلِ شيءٌ بخلافِ ما إذا خرج العبدُ كُلُّه من الثُّلُثِ؛ لأنّ هناك يُسَلّمُ له جميعُ رَقَبَتِه، فلَزِمَ القولُ بالبراءةِ هذا إذا دبّرَ عبدَه ثُمّ كاتَبَه، فَإنْ كاتَبَه ثُمّ دبّرَه ثُمّ مات

---

(١) في المخطوط: «أحد».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فبقى».
(٤) في المخطوط: «قيمته».
(٥) في المخطوط: «كيف».
(٦) في المخطوط: «وتزوجها».

المولى فعلى قولِ أبي حنيفةَ: إنْ شاء سَعَى في ثُلُثَيِ القيمةِ وإنْ شاء سَعَى في ثُلُثَيِ الكِتابةِ، وعندَهما يَسْعَى في الأقلِّ من ثُلُثَيِ القيمةِ ومن ثُلُثَيِ الكِتابةِ فقد اتّفقوا على المِقْدارِ ههنا حيثُ قالوا: مِقْدارُ بَدَلِ الكِتابةِ ثُلُثانِ، وإنّما كان كذلك لأنّ هناك كاتَبَه، والعبدُ لم يكنِ استَحقّ شيئًا من رَقَبَتِه، فكان جميعُ البدَلِ بمُقابَلةِ جميعِ الرّقَبةِ وقد عَتَقَ عندَ الموتِ بسببِ التّدْبيرِ ثُلُثُه فيَسْقُطُ ما كان بإزائه من البدَلِ، فبقيَ الثُّلُثانِ بلا خلافٍ، وإنّما اختَلَفوا في الخيارِ، فعندَ أبي حنيفةَ يُخَيّرُ بين الثُّلُثَيْنِ من بَدَلِ الكِتابةِ مُؤَجّلًا، وبين ثُلُثَيِ القيمةِ مُعَجّلًا، وعندَهما يجبُ عليه الأقلُّ منهما بناءً على تَجَزُّؤِ الإعتاقِ، وعَدَمِ تَجَزُّئِه على ما بيّنّا في الفصلِ الأوّلِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فصلٌ [في حكم التدبير]

وأمّا حُكمُ التّدْبيرِ فنوعانِ:

نوعٌ يرجعُ إلى حَياةِ المُدَبّرِ، ونوعٌ يرجعُ إلى ما بعدَ موتِه أمّا الذي يرجعُ إلى حالِ حَياةِ المُدَبّرِ فهو ثُبوتُ حقِّ الحُرّيّةِ للمُدبّرِ إذا كان التّدْبيرُ مُطْلَقًا، وهذا عندَنا [١].

وعندَ الشّافعيّ: لا حُكمَ له في حالِ حَياةِ المُدَبّرِ رأسًا، فلا يَثْبُتُ حقيقةُ الحُرّيّةِ ولا حقُّها، بل حُكمُه ثُبوتُ حقيقةِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ مقصورًا عليه [٢].

وعلى هذا يُبنَى بيعُ المُدَبّرِ المُطْلَقِ أنّه لا يجوزُ عندَنا، وعندَه جائزٌ، ويجوزُ بيعُ المُدبّرِ المُقَيّدِ بالإجماعِ. احتَجّ الشّافعيُّ بما رُوِيَ عن عَطاءٍ أنّه قال: دَبّرَ رجلٌ عبدَه، فاحتاجَ فباعَه رسولُ اللّه ﷺ بثَمانِمائةِ درهمٍ [٣]. وأدنى دَرَجاتِ فعلِ رسولِ اللّه ﷺ الجوازُ،

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: مختصر الطحاوى ص ٣٦٨، المبسوط (٧/ ١٧٩)، شرح فتح القدير (٥/ ٢٠، ٢١)، البناية (٥/ ٦٨٢)، الدر المختار (٣/ ٦٨٤).

(٢) مذهب الشافعية: أنه يجوز بيع المدبر وهبته والوصية به وسائر التصرفات وسواء كان التدبير مطلقا أم مقيدًا ففي أي زمان مات السيد عتق بموته. انظر: الحاوي الكبير (٢٢/ ١١٦)، الوسيط (٧/ ٤٩٩)، الروضة (١٢/ ١٩٤)، مغني المحتاج (٤/ ٥١٢).

(٣) إسناده ضعيف: رواه الدارقطني (٤/ ١٣٧)، حديث (٤٤)، قال أبو جعفر: شهدت الحديث من جابر إنما أذن في بيع خدمته، عبد الغفار: ضعيف، ورواه غيره عن أبي جعفر مرسلًا، قلت: عبد الغفار بن القاسم أبو مريم: رافضي، ليس بثقة. قال البخاري: ليس بالقوى. وانظر: الكامل في الضعفاء (٥/ ٣٢٧)، والتحقيق لابن الجوزي (٢/ ٣٩٦)، حديث (٢٠٦١)، نصب الراية (٣/ ٢٨٥).

ولأنّ التّدْبيرَ تَعليقُ العتقِ بالشّرطِ، وإنّه لا يمْنَعُ جَوازَ البيعِ (كالتّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ)[١] من دُخولِ الدّارِ، وكَلامِ زيدٍ وغيرِ[٢] ذلك وكالتّدْبيرِ المُقَيّدِ، ولأنّ فيه معنى الوصيّةِ، وذلك لا يمْنَعُ جَوازَ البيعِ كما إذا أوصَى بعِتْقِ عبدِه ثُمّ باعَه.

ولنا: ما رُوِيَ عن نافِعٍ عن ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**»[٣]، وهذا نصٌّ في الباب.

وعن أبي سَعيدٍ الخُدْريِّ وجابرِ بنِ عبدِ اللّه الأنْصاريِّ أنّ رسول اللّه ﷺ. نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ[٤]. ومُطْلَقُ النّهيِ يُحمَلُ على التّحريمِ.

ورُوِيَ عن عُمَرَ وعثمانَ وزيدِ بنِ ثابتٍ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ وعبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ وعبدِ اللّه بنِ عُمَرَ رضي الله عنهم مثلُ مذهبنا، وهو قولُ جَماعةٍ من التّابعينَ مثلَ شُرَيْحٍ ومسروقٍ وسَعيدِ بنِ المُسَيِّب والقاسِمِ بنِ محمّدٍ وأبي جَعْفَرٍ محمّدِ بنِ عَليٍّ ومحمّدِ بنِ سيرينَ وعُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ والشّعْبيِّ والحسَنِ البصْريِّ والزُّهْريِّ وسَعيدِ بنِ جُبيرٍ وسالِمِ بنِ عبدِ اللّه وطاوُسٍ ومُجاهدٍ وقَتادةَ حتّى قال أبو حنيفةَ لولا قولُ هؤلاء الأجِلّةِ[٥]؛ لَقُلْت بجَوازِ بيعِ المُدبّرِ لما دَلّ عليه من النّظَرِ.

ولنا: لإثباتِ حقِّ الحُرّيّةِ ضَرورةُ الإجماعِ، ودَلالةُ غَرَضِ المُدبِّرِ، أمّا ضَرورةُ الإجماعِ فهي أنّ الحُرّيّةَ تَثْبتُ بعدَ الموتِ بالإجماعِ، والحُرّيّةُ لا بُدّ لها من سببٍ ولا سببَ ههنا سِوَى الكلامِ السّابقِ، فلا يَخْلو إمّا أنْ يُجْعَلَ سببًا للحالِ، وإمّا أنْ يُجْعَلَ سببًا بعدَ

---

(١) في المخطوط: «كسائر التعليقات بالشروط».
(٢) في المخطوط: «ونحو».
(٣) موضوع: رواه الدارقطني في سننه (٤/ ١٣٨)، حديث (٥٠)، وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوفًا من قوله، والبيهقي (١٠/ ٣١٤)، حديث (٢١٣٦١)، قلت: فيه عبيدة بن حسان، قال أبو حاتم: منكر الحديث. وعمرو بن عبد الجبار يروي عن عمه مناكير، وانظر: الدراية (٢/ ٨٧)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٥)، ونصب الراية (٣/ ٢٨٤)، والسلسلة الضعيفة (١٦٤)، وضعيف الجامع (٥٩١٩).
(٤) قلت: قد ثبت عنه ﷺ أنه باع مدبرًا كما عند البخاري، كتاب البيوع، باب: بيع المزايدة، حديث (٢١٤١)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: جواز بيع المدبر، حديث (٩٩٧)، وأبو داود، حديث (٣٩٥٥)، والترمذي، حديث (١٢١٩)، والنسائي، حديث (٤٦٥٢)، وابن ماجه، حديث (٢٥١٢)، وابن حبان (١١/ ٣٠٢).
(٥) في المخطوط: «الأجلاء».

الشّرطِ، ولا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّه ليس من أهلِ مُباشرةِ السّبَب فتعَيّنَ أنْ يكونَ سببًا عندَ وجودِه، فكان الكلامُ السّابقُ سببًا في الحالِ لثُبوتِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ، ولسْنا نَعْني ثُبوتَ حقِّ الحُرّيَةِ للمُدَبَّرِ إلاّ هذا، وهذا يمْنَعُ جَوازَ البيعِ؛ لأنّ البيعَ إبْطالُ السّببيّةِ إذْ لا تَثْبُتُ الحُرّيّةُ عندَ الموتِ بعدَ البيعِ.

وأمّا دَلالةُ الغرَضِ فهو أنّ غرَضَ المُدبِّرِ من التّدْبيرِ أنْ يُسَلِّمَ الحُريّةَ لَلْمُدَبّرِ عندَ الموتِ [1] [إمّا تَقرُّبًا إلى اللّه عَزّ وجَلّ بالإعتاقِ؛ لإعتاقِ رَقَبَتِه من النّارِ كما نَطَقَ به الحديثُ، وإمّا] [2] حقًّا لخدمَتِه [٢/ ١٩٢أ] القديمةِ مع بقاءِ مَنافِعِه على ملكِه في حَياتِه لحاجَتِه إليها، ولا طريقَ لتَحْصيلِ [3] الغرَضَيْنِ إلاّ بجَعْلِ التّدْبيرِ سببًا في الحالِ لثُبوتِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ، إذْ لو ثَبَتَتِ الحُرّيّةُ في الحالِ لَفاتَ غَرَضُه في الانتِفاعِ به، ولو لم يَنْعَقِدْ شيءٌ رأسًا لَفاتَ غَرَضُه في العتقِ؛ لجَوازِ أنْ يَبيعَه لشِدّةِ غَضَبٍ أو غيرِ ذلك. فكان انعِقادُه سببًا في الحالِ، وتَأخُّرُ الحُرّيّةِ إلى ما بعدَ الموتِ طريقُ إحرازِ الغرَضَيْنِ، فثَبَتَ ذلك بدَلالةِ الحالِ، فيتقَيّدُ الكلامُ به إذِ الكلامُ يتقَيّدُ بدَلالةِ الغرَضِ.

فإنْ قِيلَ: هذا مُناقِضٌ لأصلِكُم؛ لأنّ التّدْبيرَ تَعليقُ العتقِ بالشّرطِ، ومن أصلِكُم أنّ التّعليقاتِ ليستْ أسبابًا للحالِ وإنّما تَصيرُ أسبابًا عندَ وجودِ شُروطِها، وعلى هذا بَنَيْتُم تَعليقَ الطّلاقِ والعتاقِ بالملكِ وسببه، وههنا جَعَلْتُمُ التّدْبيرَ سببًا لثُبوتِ الحُرّيّةِ للحالِ، وهذا مُناقضةٌ في الأصلِ، والتّناقُضُ في الأصلِ دَليلُ فسادِ الفرعِ.

فالجوابُ: إنّ هذا أصلُنا فيما يُمْكِنُ اعتِبارُه سببًا عندَ وجودِ الشّرطِ، وفيما لم يُرِدِ المُتكَلِّمُ جَعْلَه سببًا في الحالِ، وفي التّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ، وأمكَنَ اعتِبارُه سببًا عندَ وجودِ الشّرطِ، وههنا لا يُمْكِنُ لما بيّنّا، وكذا في التّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ أرادَ المُتكَلِّمُ كونَه سببًا عندَ الشّرطِ، وههنا أرادَ كونَه سببًا في الحالِ لما قُلْنا، [فتَعَيّنَ سببًا للحالِ لثُبوتِ الحُرّيّةِ في الثّاني] [4].

وأمّا حَديثُ عَطاءٍ فيحتملُ أنّ ذلك كان تَدْبيرًا مُقيّدًا، وقولُه باعَ حِكايةُ فعلٍ فلا عُمومَ له، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ معنى قولِه باعَ أي أجّرَ إذِ الإجارةُ تُسَمّى بيعًا بلُغةِ أهلِ المدينةِ،

---

(١) في المخطوط: «وفاته».

(٢) ساقط من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «إلى تحصيل».

(٤) ليست في المخطوط.

وهكذا رَوَى محمّدٌ بإسنادِه أنّ النّبيّ ﷺ باعَ خدمةَ مُدبّرٍ ولم يَبعْ رَقَبَته [(١)] ويُحْتَمَلُ أنّه كان ذلك في ابتِداءِ الإسلام حين كان بيعُ الحُرِّ مشروعًا على ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ باعَ رجلًا بدَيْنِه يُقالُ له سُرّقٌ ثُمّ صار مَنسوخًا بنَسْخِ بيعِ الحُرِّ لثُبوتِ حقِّ الحُرّيّةِ في المُدبّرِ إلْحاقًا للحقِّ بالحقيقةِ في باب الحُرُماتِ.

وأمّا المُدبّرُ المُقيّدُ: فهناك لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ الكلامُ سببًا للحالِ؛ لأنّ الأمرَ مُتَرَدِّدٌ بين أنْ يموتَ من ذلك المرَضِ، وفي ذلك السّفَرِ أو لا يموتَ. فكان الشّرطُ مُحْتَمِلَ الوجودِ والعدَمِ، فلم يكنِ التّعليقُ سببًا للحالِ كالتّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ، وكذا لَمّا عَلّقَ العتقَ بأمرٍ يحتملُ الوجودَ والعدَمَ دَلّ أنّه ليس غَرَضُه من هذا الكلامِ التّقرُّبَ إلى اللّه عَزّ وجَلّ بإعتاقِ هذا العبدِ، ولا قضاءَ حقِّ الخدمةِ القديمةِ، إذْ لو كان ذلك غَرَضُه لَعَلّقَه بشرطٍ كائنٍ لا مَحالةَ.

وأمّا قولُه: إنّ في التّدْبيرِ معنى الوصيّةِ، فنَعَم [(٢)]، لكنْ هذه وصيّةٌ لازِمةٌ لثُبوتِها في ضِمْنِ أمرٍ لازِمٍ وهو اليمينُ، فلا يحتملُ الفسخَ، ولهذا لا يحتملُ الرُّجوعَ، بخلافِ الوصيّةِ بالإعتاقِ. فإنْ قِيلَ: هذا يُشْكَلُ بالتّدْبيرِ المُقيّدِ، فإنّه يتضَمّنُ معنى الوصيّةِ اللّازِمةِ ومع هذا يجوزُ بيعُه قِيلَ [(٣)] معنى الوصيّةِ [فيه] [(٤)] للحالِ مُتَرَدِّدٌ لتَرَدُّدِ موتِه على تلك الصِّفةِ، فلا يصيرُ العبدُ موصًى له قبل الموتِ بتلك الصِّفةِ، وههنا بخلافِه وإذا ثَبَتَ حقُّ الحُرّيّةِ للمُدبّرِ المُطْلَقِ في الحالِ فكُلُّ تَصَرُّفٍ فيه يُبْطِلُ هذا الحقّ لا يجوزُ، وما لا يُبْطِلُه يجوزُ.

وعلى هذا تخريجُ [(٥)] المسائلِ لا يجوزُ بيعُه وهِبَتُه والتّصَدُّقُ به والوصايةُ به؛ لأنّه تَصَرُّفُ تمليكِ الرّقبةِ فيَبْطُلُ حقُّ الحُرّيّةِ ولا يجوزُ رَهْنُه؛ لأنّ الرّهْنَ والارْتِهانَ من باب إيفاءِ الدّيْنِ واستيفائه عندَنا. فكان من باب تمليكِ العيْنِ وتَمَلُّكِها، ويجوزُ إجارَتُه؛ لأنّها لا تُبطِلُ هذا الحقّ؛ لأنّها تَصَرُّفٌ في [هذه] [(٦)] المنفَعةِ بالتّمْليكِ لا في العيْنِ، والمنافِعُ على ملكِ المُدبّرِ.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١٣٨)، حديث (٤٧) من حديث جابر بن عبد الله مرفوعًا، وقال: «هذا خطأ من ابن طريف، والصواب عن عبد الملك عن أبي جعفر مرسلًا» وهذا المرسل أخرجه أيضًا الدارقطني (٤/ ١٣٨)، حديث (٤٦) عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين مرسلًا. وقال الحافظ عن هذا المرسل في الدراية (٢/ ٨٧): «إسناده ضعيف جدًا».

(٢) في المخطوط: «فمسلم».

(٣) في المخطوط: «قبل».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «تخرج».

(٦) زيادة من المخطوط.

وقد رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه باعَ خدمةَ المُدَبّرِ ولم يَبعْ رَقَبَتَه، وبيعُ خدمةِ المُدَبّرِ بيعُ مَنْفَعَتِه، وهو معنى الإجارةِ، ويجوزُ الاستخدامُ، وكذا الوطْءُ والاستمْتاعُ في الأمةِ؛ لأنّها استيفاءُ المنافِعِ، ويجوزُ تَزْويجُها [1] لأنّ التّزْويجَ تمليكُ [المنافِعِ] [2].

وعن عبدِ اللّه بنِ عُمَرَ أنّه كان يَطَأُ مُدَبّرَتَه [3]؛ ولأنّ الاستيلادَ آكَدُ من التّدْبيرِ؛ لأنّه يوجِبُ الحرية من جميعِ المالِ، والتّدْبيرُ من الثُّلُثِ، ثُمّ الاستيلادُ لا يمْنَعُ من الإجارةِ والاستخدامِ ولا يمْنَعُ من الاستمْتاعِ والوطْءِ والتّزْويجِ في الأمةِ، فالتّدْبيرُ أولى، والأُجْرةُ والمهرُ والعُقْرُ والكسْبُ والغلّةُ للمولى؛ لأنّها بَدَلُ المنافِعِ، والمنافِعُ ملكُه والأرشُ له لأنّه بَدَلُ جزءٍ فاتَ على ملكِه، ولا يتعلّقُ الدّيْنُ برَقَبَتِه؛ لأنّ رَقَبَتَه لا تحتَمِلُ البيعَ لما بيّنّا، ويتعلّقُ بكَسْبه ويَسْعَى في دُيونِه بالِغةً ما بَلَغَتْ، وجِنايَتُه على المولى وهو الأقلُّ من قيمَتِه ومن أرشِ الجِنايةِ، ولا يَضْمَنُ المولى أكثَرَ من قيمةٍ واحدةٍ، وإنْ كثُرَتِ الجِناياتُ لما نَذْكُرُ في كِتاب الجِناياتِ إنْ شاء اللّه تعالى ويجوزُ إعتاقُه؛ لأنّه إيصالُه إلى حقيقةِ الحُرّيّةِ مُعَجّلاً، ولأنّ المنعَ من البيعِ ونحوِه، لما فيه من مَنْعِه من وُصولِه إلى هذا المقصودِ. فمن المُحالِ أنْ يمْنَعَ من إيصالِه [٢/ ١٩٢ب] إليه، ولهذا [المعنى] [4] جاز إعتاقُه أُمّ الولدِ كذا المُدَبّرُ، ويجوزُ مُكاتَبَتُه؛ لأنّه يُريدُ تعجيلَ الحُرّيّةِ إليه والمولى يملِكُ ذلك كما يملِكُ مُكاتَبَةَ أُمّ الولدِ، ووَلَدُ المُدَبّرةِ من غيرِ سَيِّدِها بمنزلَتِها لإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ذلك، فإنّه رُوِيَ عن [عبد الله] [5] ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: ولدُ المُدَبّرةِ بمنزلَتِها يعتِقُ بعِتْقِها ويَرِقُّ برِقِّها [6] ورُوِيَ أنّ عثمانَ رضي الله عنه خوصِمَ إليه في أولادِ مُدَبّرةٍ، فقضَى أنّ ما ولدَتْه قبل التّدْبيرِ عبدٌ وما ولدَتْه بعدَ التّدْبيرِ مُدَبّرٌ وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ منهم. فيكونَ إجماعًا، وهو قولُ شُرَيْحٍ ومسروقٍ وعَطاءٍ وطاوُسٍ ومُجاهِدٍ وسَعيدِ بنِ جُبيرٍ والحسَنِ وقَتادةَ رضي الله عنهم ولا يُعْرَفُ في السّلَفِ خلافُ ذلك، وإنّما قال به بعضُ أصحاب الشّافعيِّ فلا يُعْتَدُّ بقولِه؛

---

(١) في المخطوط: «التزويج». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٤/ ٣١٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٤٧).

(٤) زيادة من المخطوط. (٥) زيادة من المخطوط.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٤/ ٣٢٢)، برقم (٢٠٦٣١)، ولفظه: «عن ابن مسعود، قال: ولد المدبرة بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها».

لمُخالَفةِ الإجماعِ ولأنّ حقّ الحُرّيّةِ يَسْري إلى الولدِ كوَلَدِ أُمِّ الولدِ، وما ولدَتْه قبل التّدْبيرِ فهو من أقضيةِ عثمانَ رضي الله عنه بحَضْرةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم ولأنّ حقّ الحُرّيّةِ لم يكنْ ثابتًا في الأمِّ وقتَ الولادةِ حتّى يَسْريَ إلى الولدِ.

ولو اختلف المولى والمُدَبّرةُ في ولدِها فقال المولى: ولدْتيه قبل التّدْبيرِ، فهو رَقيقٌ وقالت [هي] [1]: ولدْتُه بعدَ التّدْبيرِ فهو مُدبّرٌ، فالقولُ قولُ المولى مع يمينِه على علمِه، والبيِّنةُ بيِّنةُ المُدَبّرةِ؛ لأنّ المُدبّرةَ تَدّعي سِرايةَ التّدْبيرِ إلى الولدِ، والمولى يُنْكِرُ. فكان القولُ قوله مع اليمينِ ويَحْلِفُ على علمِه؛ لأنّ الوِلادةَ ليستْ فعلَه، والبيِّنةُ بيِّنةُ المُدَبّرةِ؛ لأنّ فيهما إثباتُ التّدْبيرِ.

ولو كان مَكان التّدْبيرِ عِتْقٌ فقال المولى للمُعْتَقةِ: ولدْتيه قبل العتقِ وهو رَقيقٌ، وقالت: بل ولدْتُه بعدَ العتقِ وهو حُرٌّ يَحْكُمُ فيه الحالُ إنْ كان الولدُ في يَدِها فالقولُ قولُها، وإنْ كان في يَدِ المولى فالقولُ قولُه؛ لأنّه إذا كان في يَدِها كان الظّاهرُ شاهدًا لها وإذا كان في يَدِه كان الظّاهرُ شاهدًا له بخلافِ المُدبّرةِ لأنّها في يَدِ المولى فكذا ولدُها، فكان الظّاهرُ شاهدًا له على كُلِّ حالٍ، وكان القولُ قوله.

ولو قال لأمةٍ لا يملِكُها: إنْ مَلَكتُك فأنتِ مُدبّرةٌ، وإنِ اشتريْتُك فأنتِ مُدبّرةٌ فوَلَدَتْ ولدًا ثُمّ اشتَراهما جميعًا فالأُمُّ مُدبّرةٌ والولدُ رَقيقٌ؛ لأنّ الأمّ إنّما صارتْ مُدبّرةً بالشّرطِ ولم يوجدِ الشّرطُ في حقِّ الولدِ، وإنّه مُنْفَصِلٌ فلا يَسْري إليه تَدْبيرُ الأمِّ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى ما بعدَ موتِ المُدَبّرِ:

فمنها: عِتْقُ المُدبّرِ؛ لأنّ عِتْقَه [كان] [2] مُعَلّقًا بموتِ المولى والمُعَلّقُ بالشّرطِ يَنْزِلُ عندَ وجودِ الشّرطِ، ويَسْتَوي فيه المُدَبّرُ المُطْلَقُ والمُقيّدُ؛ لأنّ عِتْقَ كُلِّ واحدٍ منهما مُعَلّقٌ بالشّرطِ. إلاّ أنّ الشّرطَ في المُقَيّدِ الموتُ الموصوفُ بصِفةٍ، فإذا وُجِدَ ذلك فقد وُجِدَ الشّرطُ فيَنْزِلُ المُعَلّقُ وسَواءٌ كان الموتُ حقيقةً أم حُكمًا بالرِّدّةِ، بأنِ ارْتَدّ المولى عن الإسلامِ والعياذُ باللّه ولحِقَ بدارِ الحرْبِ؛ لأنّ الرِّدّةَ مع اللّحاقِ بدارِ الحرْب تَجْري مجرَى الموتِ في زوالِ الأملاكِ. وكذا المُسْتَأمَنُ إذا اشترى عبدًا في دار الإسلامِ فدَبّرَه ولحِقَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

بدارِ الحرْب فاسترِقّ الحرْبيُّ عَتَقَ مُدَبّرُه؛ لأنّ الاسترْقاقَ أوجَبَ زوالَ ملكِه عن أموالِه حُكمًا فكان بمنزلةِ الموتِ.

وكذا ولدُ المُدَبّرةِ الذي ليس من مولاها؛ لأنّه تبعَها في حقِّ الحُرّيّةِ، فكذا في حقيقةِ الحُرّيّةِ، ويَسْتَوي فيه المُطْلَقُ والمُقَيّدُ؛ لأنّ معنى التّبَعيّةِ لا يوجِبُ الفصلَ.

ومنها: أنّ عِتْقَه يُحْسَبُ من ثُلُثِ (مالِ المولى) [1]، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ وعامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم وهو قولُ سَعيدِ بنِ جُبيرٍ وشُرَيْحٍ والحسَنِ وابنِ سيرينَ رضي الله عنهم.

ورُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ أنّ عِتْقَه من جميعِ المالِ، وهو قولُ إبْراهيمَ النّخَعيّ وحَمّادٍ وجَعَلوه كأُمِّ الولدِ.

ولنا: ما رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**» [2] ولأنّ التّدْبيرَ وصيّةٌ، والوصيّةُ تُعْتَبَرُ من ثُلُثِ المالِ كسائرِ الوصايا وسَواءٌ كان التّدْبيرُ في المرَضِ، أو في الصِّحّةِ؛ لأنّه وصيّةٌ في الحالَيْنِ، وسَواءٌ كان التّدْبيرُ مُطْلَقًا أو مُقَيّدًا لعُمومِ الحديثِ، إلاّ أنّه خَصّ منه المُقَيّدَ في حقِّ البيعِ والهبةِ فيُعْمَلُ بعُمومِه في حقِّ الاعتبارِ من الثُّلُثِ، ولأنّ معنى الوصيّةِ يوجدُ في النّوعَيْنِ، وأنّه يقتَضي اعتبارَه من الثُّلُثِ، ويُعْتَبَرُ ثُلُثُ المالِ يومَ موتِ المولى؛ لأنّ في الوصايا هكذا يُعْتَبَرُ، وإذا كان اعتبارُ عِتْقِه من ثُلُثِ المالِ [3] فإنْ كان [كُلُّه] [4] يَخْرُجُ من ثُلُثِ مالِ المولى بأنْ كان له مالٌ آخَرُ سِواه يعتِقُ كُلُّه، ولا سِعايةَ عليه، وإنْ لم يكنْ له مالٌ آخَرُ غيرُه [5] عَتَقَ ثُلُثُه، ويَسْعَى في الثُّلُثَيْنِ للوَرَثةِ.

هذا إذا لم يكنْ على المولى دَيْنٌ فإنْ كان عليه دَيْنٌ يَسْعَى في جميعِ قيمَتِه في قضاءِ دُيونِ المولى؛ لأنّ الدّيْنَ مُقَدّمٌ على الوصيّةِ.

ومنها: أنّ ولاءَ المُدَبّرِ للمُدَبِّرِ؛ لأنّه المُعْتِقُ وقد قال النّبيُّ ﷺ: «**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» [6] ولا يَنْتَقِلُ هذا الولاءُ عن المُدَبِّرِ وإنْ عَتَقَ [٢/ ١٩٣أ] المُدَبّرُ من جِهةِ غيرِه كمُدَبّرةٍ بين

---

(١) في المخطوط: «المال».
(٢) سبق قريبًا.
(٣) في المخطوط: «مال المولى».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «سواه».
(٦) سبق تخريجه.

اثنَيْنِ، جاءَتْ بوَلَدٍ فادّعاه أحدُهما . ثَبَتَ نَسَبُه منه وعَتَقَ عليه وغَرِمَ نصيبَ شريكِه من الولَدِ، والولاءُ بينهما؛ لأنّ حقّ الحُرّيّةِ ثابتٌ في الحالِ عندَنا، وأنّه يَثْبُتُ حقُّ الولاءِ وهو لا يحتملُ الفسخَ .

وكذا المُدَبّرُ بين شريكَيْنِ أعتَقَه أحدُهما [وهو موسِرٌ فضَمِنَ عَتَقَ بالضّمانِ ولم يتغَيّرِ الولاءُ عن الشّرِكةِ في قولِ أبي حنيفةَ] (١) لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ وعلى قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ إذا أعتَقَ أحدُهما نصيبَه عَتَقَ جميعُه والولاءُ بينهما .

فصْلٌ [في بيان ما يظهر به التدبير]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به التّدْبيرُ، فالتّدْبيرُ يَظْهَرُ بما يَظْهَرُ به الإعتاقُ الباتُّ وهو الإقرارُ والبيِّنةُ؛ لأنه إثباتُ حقِّ الحُرّيّةِ في الحالِ فيُعْتَبَرُ الحقُّ بالحقيقةِ وهو إثباتُ حقيقةِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ، فيُعْتَبَرُ بالإثباتِ بالحالِ، وذا يَظْهَرُ بأحدِ هذَيْنِ (٢) فكذا هذا، إذْ عُرِفَ هذا فنَقولُ: إذا ادّعَى المَمْلوكُ التّدْبيرَ وأنْكَرَ المولى فأقامَ البيِّنَةَ . قُبِلَتْ بيِّنَتُه بلا خلافٍ، فإنْ لم يَدّعِ وأنْكَرَ التّدْبيرَ مع المولى لا تُقْبَلُ البيِّنةُ على التّدْبيرِ من غيرِ دَعْوَى العبدِ في قولِ أبي حنيفةَ . وعندَهما يُقْبَلُ والحِجَجُ على نحوِ ما ذَكَرْنا في الإعتاقِ الباتِّ إلاّ أنّ الشّهادةَ على عِتْقِ الأمةِ تُقْبَلُ من غيرِ دَعْواه بالإجماعِ، والشّهادةُ على تَدْبيرِ الأمةِ على الاختلافِ؛ لأنّ تَدْبيرَ الأمةِ لا يوجِبُ تَحْريمَ الفرجِ، فلم تَكُنِ الشّهادةُ قائمةً على حقِّ اللّه تعالى .

ولو شَهِدا أنّه دبّرَ أحدَ عبدَيْه بغيرِ عَيْنِه في الصِّحّة فالشّهادةُ باطِلةٌ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ المُدّعيَ مجهولٌ، وعندَهما يُقْبَلُ، ولو شَهِدا أنّ ذلك كان في المرَضِ يُقْبَلُ عندَه استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يُقْبَلَ وقد ذَكَرْنا وجهَ القياسِ والاستِحْسانِ في كِتاب العتاقِ ولو شَهِدَ أنّه قال: هذا حُرٌّ وهذا مُدَبّرٌ [بعدَ موتي فقد صار مُدَبّرًا] (٣)، لم تَجز شهادَتُهما في قولِ أبي حنيفةَ لجَهالةِ المُدّعي .

ولو شَهِدا أنّه قال: هذا حُرٌّ بعد موتي لا بل هذا كانا جميعًا مُدَبّرَيْنِ ويُعْتَقانِ بعدَ موتِه من ثُلُثِه؛ لأنّه لَمّا قال: هذا حُرٌّ بعدَ موتي . فقد صار مُدَبّرًا، فلَمّا قال: لا بل هذا فقد

---

(١) ليست في المخطوط .

(٢) في المخطوط: «الأمرين» .

(٣) ليست في المخطوط .

رَجَعَ عن الأوّلِ وتَدارَكَ بالثّاني، ورُجوعُه لا يصحُّ وتَدارُكُه صَحيحٌ، كما إذا قال لإحدَى امرأتَيْه: هذه طالقٌ، لا بل هذه.

ولو شَهِدا أنّه قال: هذا حُرٌّ ألبَتّةَ لا بل هذا مُدَبّرٌ . جازَتِ الشّهادةُ لهما؛ لأنّه أعتَقَ الأوّلَ ثُمّ رَجَعَ وتَدارَكَ بالثّاني فالرُّجوعُ [1] لا يصحُّ ويصحُّ التّدارُكُ، فصار الأوّلُ حُرًّا والثّاني مُدَبّرًا.

ولو شَهِدَ أحدُهما أنه دَبّرَه وشَهِدَ الآخَرُ أنّه أعتَقَه ألبَتّةَ فالشّهادةُ باطِلةٌ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما شَهِدَ بغيرِ ما شَهِدَ به الآخَرُ لفظًا ومعنًى أمّا اللّفْظُ فلا شَكّ فيه، وأمّا المعنى فلأنّ الإعتاقَ الباتّ إثباتُ العتقِفي الحال والتدبير إثبات العتق بعدَ موتِ المولى، وهما مُتَغايِرانِ وليس على كُلّ واحدٍ منهما إلاّ شاهدٌ واحدٌ، وكذلك لو شَهِدا بالتّدْبيرِ واختَلَفا في شرطِه؛ لأنّهما شَهِدا على شيئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كما في الإعتاقِ الباتِّ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ وهو الموَفِّقُ.

* * *

(١) في المخطوط: «والرجوع».



كتاب الاستيلاد



كتاب الاستيلاد [١]

الكلامُ في هذا الكِتاب في مواضِعَ في تَفسيرِ الاستيلادِ لُغةً وعُرْفًا، وفي بيانِ شرطِه، وفي بيانِ صِفَتِه، وفي بيانِ حُكمِه، وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به.

أمّا تَفْسيرُه لُغةً فالاستيلادُ [في اللُّغةِ] [٢]: هو طَلَبُ الولدِ، كالاستيهاب والاستِئْناسِ، أنّه طَلَبُ الهِبةِ والأُنْسِ.

وفي العُرْفِ: هو تَصْيِيرُ [٣] الجاريةِ أُمّ ولدٍ يُقالُ: فُلانٌ استَوْلَدَ جاريته أي [٤] صَيّرَها أُمّ ولدِه.

وعلى هذا قُلْنا: إنّه يَسْتَوي في صَيْرورةِ الجاريةِ أُمّ ولدٍ الولدُ الحيُّ والميِّتُ؛ لأنّ الميِّتَ ولدٌ بدَليلِ أنّه يتعَلّقُ به أحْكامُ الوِلادةِ حتّى تَنْقضيَ به العِدّةُ وتَصيرَ المرأةُ به نُفَساءَ، وكذا لو أسقَطَتْ سِقْطًا قد استَبانَ خَلْقُه أو بعضُ خَلْقِه، وأقرّ به فهو بمنزلةِ الولدِ الحيِّ الكامِلِ الخلقِ (في تَصْيِيرِ) [٥] الجاريةِ (أُمّ ولدٍ) [٦]؛ لأنّ أحْكامَ الوِلادةِ تَتَعَلّقُ بمثلِ هذا السِّقْطِ وهو ما ذَكَرْنا.

وإنْ لم يكنِ استَبانَ شيءٌ من خَلْقِه، فألقَتْ مُضْغةً أو عَلَقةً أو نُطْفةً فادّعاه المولى، فإنّها لا تَصيرُ أُمّ ولدٍ، كذا رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ؛ لأنّه ما لم يَسْتَبن خَلْقُه لا يُسَمّى ولدًا، وصَيْرورةُ الجاريةِ أُمّ ولدٍ بدونِ الولدِ مُحالٌ، ولأنّه يحتملُ أنْ يكونَ ولدًا، ويحتملُ أنْ يكونَ دَمًا جامِدًا أو لَحمًا فلا يَثْبُتُ به الاستيلادُ مع الشّكِّ، وهذا الذي ذَكَرْنا قولُ أصحابنا.

---

(١) الاستيلاد لغة: مصدر استولد الرجل المرأة إذا أحبلها، سواء أكانت حرة أم أمة واصطلاحا كما عرفه الحنفية: تصيير الجارية أم ولد. وعرف غيرهم أم الولد بتعاريف منها: قول ابن قدامة: إنها الأمة التي ولدت من سيدها في ملكه. فأم الولد نوع من أنواع الرقيق الذي له في الفقه أحكام خاصة من حيث نشوءه وما يتلوه. انظر الموسوعة الفقهية(٤/ ١٦٤).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «أن تصير».

(٤) في المطبوع: «إن».

(٥) في المخطوط: «وتصير».

(٦) في المخطوط: «أم ولده».

ولِلشّافعيِّ فيه قولانِ، في قولٍ قال: يُصَبُّ عليه الماءُ الحارُّ فإنْ ذابَ فهو دَمٌ، وإنْ لم يَذُبْ فهو ولدٌ، وفي قولٍ قال: يُرْجَعُ فيه إلى قولِ النِّساءِ.

والقولانِ فاسِدانِ لما ذَكَرْنا في (كِتاب الطّلاقِ).

وَلو أقَرّ المولى فقال لجاريَتِه: حَمْلُ هذه الجاريةِ مِنّي، صارتْ أُمّ ولدٍ له؛ لأنّ الإقرارَ بالحمْلِ إقرارٌ بالولدِ، إذِ الحمْلُ عِبارةٌ عن الولدِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا قال: حَمْلُ هذه الجاريةِ مِنّي أو قال: هي حُبْلى مِنّي أو قال ما في بَطْنِها من ولدٍ فهو مِنّي ثُمّ قال بعدَ [٢/ ١٩٣ب] ذلك: لم تكُنْ حامِلًا وإنّما كان ريحًا وصَدّقَتْه الأمةُ، فإنّهما لا يُصَدّقانِ وهي أُمُّ ولدٍ؛ لأنّه أقَرّ بحَمْلِها والحمْلُ عِبارةٌ عن الولدِ وذلك يُثْبتُ لها حُرّيّةَ الاستيلادِ، فإذا رَجَعَ لم يصحّ رُجوعُه ولا يُلْتَفَتُ إلى تَصْديقِها؛ لأنّ في الحُرّيّةِ حقُّ اللّه تعالى فلا يحتملُ السُّقوطَ بإسقاطِ العبدِ، ولو قال: ما في بَطْنِها مِنّي ولم يَقُلْ من حَمْلٍ أو ولدٍ، ثُمّ قال بعدَ ذلك: كان ريحًا وصَدّقَتْه، لم تَصِرْ أُمّ ولدٍ؛ لأنّ قوله ما في بَطْنِها يحتملُ الولدَ والرّيحَ فقد تَصادَقا على اللّفْظِ المُحْتَمَلِ فلم [١] يَثْبُتِ الاستيلادُ.

وَلو قال المولى: إنْ كانت هذه الجاريةُ حُبْلى فهو مِنّي فأسقَطَتْ سِقْطًا قد استَبانَ خَلْقُه أو بعضُ خَلْقِه [فقد] [٢] صارتْ أُمّ ولدٍ لما بيّنّا فإنْ ولدَتْ ولدًا لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ، صارتْ أُمّ ولدٍ له، ولأنّ الطّريقَ إلى ثُبوتِ نَسَبِ الحمْلِ منه هذا لأنّ معنى قولِه: إنْ كانت حُبْلى فهو مِنّي أي إنّي وطِئْتُها، فإنْ حَبلَتْ من وطْءٍ فهو مِنّي، فإذا أتَتْ بعدَ هذه المقالة [٣] بوَلَدٍ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ تَيَقّنّا أنّها كانت حامِلًا حينئِذٍ فثبَتَ النّسَبُ والاستيلادُ.

فإنْ أنْكرَ المولى الوِلادةَ، فشَهِدَتْ عليها امرأةٌ، لَزِمَه النّسَبُ؛ لأنّ الزّوجَ إذا كان أقَرّ بالحمْلِ [٤] تُقْبَلُ شهادةُ امرأتِه على الوِلادةِ على ما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ فإنْ جاءَتْ [به] [٥] لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا لم يَلْزَمْه ولم تَصِرِ الجاريةُ أُمّ ولدٍ [له] [٦]؛ لأنّا نَعْلَمُ وجودَ

---

(١) في المخطوط: «فلا».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «المقابلة».
(٤) في المخطوط: «بالحبل».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.

هذا الحمْلِ في ذلك الوقتِ لجَوازِ أنّها حَمَلَتْ بعدَ ذلك، فلا يَثْبُتُ النّسَبُ والاستيلادُ بالشّكِّ.

فصلٌ [في سبب الاستيلاد]

وأمّا سببُ الاستيلادِ وهو صَيْرورةُ الجاريةِ أُمّ ولدٍ له فقد اختُلِفَ فيه، قال أصحابُنا: سببُه هو ثُبوتُ نَسَبِ الولدِ (١).

وقال الشّافعيُّ: سببه عُلوقُ الولدِ حُرًّا على الإطلاقِ بعدَ اتّفاقِهم على أنّ حُكمَ الاستيلادِ في الحالِ هو ثُبوتُ حقِّ الحُرّيّةِ، وثُبوتُ حقيقةِ الحُرّيّةِ بعدَ موتِ المولى (٢).

والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ ﷺ في جاريَتِه ماريةَ القِبْطيّةِ لَمّا ولدَتْ إبْراهيمَ ابنَ النّبيِّ ﷺ: **«أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»** (٣) والمُرادُ منه التّسْبيب أي ولدُها سببُ عِتْقِها. غيرَ أنّهم اختَلَفوا في جِهةِ التّسْبيب فقال أصحابُنا: هي ثُبوتُ نَسَبِ الولدِ وقال الشّافعيُّ: هي عُلوقُ الولدِ حُرًّا مُطْلَقًا.

وَجهُ قولِه: إنّ الولدَ حُرٌّ بلا شَكٍّ وإنّه جزءُ الأُمِّ، وحُرّيّةُ الجزءِ تقتَضي حُرّيّةَ الكُلِّ إذْ لا يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ الكُلُّ رَقيقًا والجزءُ حُرًّا، كان يَنْبَغي أنْ تُعْتَقَ الأُمُّ للحالِ إلاّ أنّها (٤) إنّما لا تُعْتَقُ؛ لأنّ الولدَ انفَصَلَ منها، وحُرّيّتُه على اعتِبارِ الانفِصالِ لا توجِبُ حُرّيّةَ الأُمِّ، كما لو أعتَقَ الجنينَ فقُلْنا بثُبوتِ حقِّ الحُرّيّةِ في الحالِ وتَأخُّرِ الحقيقةِ إلى [ما] (٥) بعدِ الموتِ عَملاً بالشّبَهَيْنِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: العناية شرح الهداية (٥/ ٤٥)، البحر الرائق (٤/ ٢٩٢).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: إذا علقت الأمة بولد حر في ملك الواطئ صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها، انظر المهذب (٢/ ١٩)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٣٧٥-٣٧٦)، مغني المحتاج (٦/ ٥١٥)، حاشية الجمل (٥/ ٤٨٢-٤٨٤)، تحفة الحبيب (٤/ ٤٩١- ٤٩٢)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٤٤٣-٤٤٤).

(٣) ضعيف: رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: أمهات الأولاد، حديث (٢٥١٦)، والدارقطني (٤/ ١٣٢)، حديث (٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٦)، حديث (٢١٥٧١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٣)، حديث (٢١٩١)، وانظر: الدراية (٢/ ٨٧)، حديث (٦٢١)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٨)، حديث (٢١٦٠)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٤٦٤)، حديث (٢٩٩١)، ونصب الراية (٣/ ٢٨٧)، والإرواء (١٧٧٢).

(٤) في المطبوع: «أنه».

(٥) زيادة من المخطوط.

ولنا: أنّ الوطْءَ المُعَلّقَ أوجَبَ الجزئيّةَ بين المولى والجاريةِ بواسِطةِ الولدِ لاختلاطِ الماءَيْنِ وصَيْرورَتِهما شيئًا واحدًا وانخلاقِ الولدِ منه، فكان الولدُ جزءًا لهما، وبعدَ الانفِصالِ عنها إنْ لم يَبْقَ جزءًا لها على الحقيقةِ فقد بقيَ حُكمًا لثُبوتِ [(١)] النّسَب، ولهذا (تُنْسَبُ كُلُّ الأُمِّ إليه بواسِطةِ الولدِ) [(٢)] يُقالُ: أُمُّ ولدِه. فلو بقيَتْ حقيقةُ الحُرّيّةِ لَثَبَتَتْ حقيقةُ الحُرّيّةِ [للحالِ] [(٣)] فإذا بقيَتْ حُكمًا (ثَبَتَ الحقُّ على ما عليه وضْعُ مأخَذِ الحُجَجِ في) [(٤)] تَرْتيب الأحْكام على قدرِ قوّتِها وضَعْفِها، وإلى هذا المعنى أشارَ عُمَرُ رضي الله عنه فقال: أبعدَما اختَلَطَتْ لُحومُكُم بلُحومِهِنّ ودِماؤُكُم بدِمائهِنّ تُريدونَ بيعَهُنّ [(٥)].

ثُمّ اختلف أصحابُنا في كيْفيّةِ هذا السّبَب فقال علماؤُنا الثّلاثةُ: السّبَبُ هو ثُبوتُ النّسَب شرعًا.

وقال زُفَرُ: هو ثُبوتُ النّسَب مُطْلَقًا سَواءٌ ثَبَتَ شرعًا أو حقيقةً.

وبيانُ هذه الجملةِ في مسائلَ: إذا تزوّجَ جاريةَ إنسانٍ فاستَوْلَدَها ثُمّ مَلَكها صارتْ أُمّ ولدٍ له عندَ أصحابنا؛ لأنّ سببَ الاستيلادِ هو ثُبوتُ النّسَب (وقد ثَبَتَ فتَحقّقَ السّبَبُ) [(٦)]، إلاّ أنّه تَوَقّفَ الحُكمُ على وجودِ الملكِ فتَعَذّرَ [(٧)] إثباتُ حُكمِه وهو حقُّ الحُرّيّةِ في غيرِ الملكِ، كما يتعَذّرُ إثباتُ الحقيقةِ في غيرِه فتَأخّرَ الحُكمُ إلى وقتِ الملكِ [(٨)]، وعندَ الشّافعيِّ: لا تَصيرُ أمّ ولدٍ له [(٩)]، وهو قولُ إبْراهيمَ النّخَعيّ لأنّ السّبَبَ عندَه عُلوقُ الولدِ حُرًّا على الإطلاقِ ولم يوجدْ؛ لأنّ الولدَ رَقيقٌ في حقِّ مولاه، وإذا مَلَكَ

---

(١) في المخطوط: «لثبات».
(٢) في المخطوط: «ينسب كل الابن إليه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يثبت الحق على ما عليه وضع قاعدة الشرع من».
(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٢٩٦)، حديث (١٣٢٤٨).
(٦) في المخطوط: «وقد تحقق».
(٧) في المخطوط: «التعذر».
(٨) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ١٥٤)، تبيين الحقائق (٣/ ١٠٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠٨)، فتح القدير (٥/ ٤٤-٤٥)، البحر الرائق (٤/ ٢٩٦).
(٩) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: وإن علقت بولد حر... لم تصر أم ولد في الحال فإذا ملكها ففيه قولان: أحدهما: لا تصير أم ولد، لأنها علقت منه فأشبه إذا علقت منه في نكاح فاسد أو زنا، والثاني: أنها تصير أم ولد؛ لأنها علقت منه بِحُرٍّ فأشبه إذا علقت منه في ملكه. انظر المهذب (٢/ ١٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٢١)، تحفة المحتاج (١٠/ ٤٢٥)، نهاية المحتاج (٨/ ٤٣٣)، حاشية الجمل (٥/ ٤٨٧).

ولدَه الذي استَوْلَدَه عَتَقَ عليه بالإجماعِ .

أمّا عندَنا فلأنّه مَلَكَ ذا رَحِمٍ محرَمٍ منه فيعتِقُ، وأمّا عندَه فلأنّه مَلَكَ ولدًا ثابتَ النّسَب منه شرعًا .

وكذلك إذا ثَبَتَ النّسَبُ من غيرِ مالِكِ الجاريةِ بوَطْءٍ بشُبْهةٍ (١)، ثُمّ مَلَكَها فقد صارت أُمّ ولدٍ له حين مَلَكَها [عندَنا] (٢) لوجودِ السّبَب، وعندَه لا؛ لانعِدامِ السّبَب، ولو مَلَكَ الولدَ عَتَقَ لما قُلْنا .

ولو زَنَى بجاريةٍ فاستَوْلَدَها بأنْ قال: زَنَيْتُ بها أو فجَرْت بها أو قال: هو ابني من زِنًا أو فُجورٍ، [٢/ ١٩٤أ] وصَدّقَتْه وصَدّقَه مولاها فوَلَدَتْ ثُمّ مَلَكَها لم تَصِرْ أُمّ ولدٍ له عندَ أصحابنا الثّلاثةِ، وهو استِحْسانٌ .

والقياسُ: أنْ تَصيرَ أُمّ ولدٍ له وهو قولُ زُفَرَ بناءً على أنّ السّبَبَ عندَه ثُبوتُ النّسَب مُطْلَقًا، وقد ثَبَتَ النّسَبُ حقيقةً بدَليلِ أنّه لو تَمَلّك (٣) الولدَ عَتَقَ عليه بلا خلافٍ بين أصحابنا، والسّبَبُ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ هو ثُبوتُ نَسَب الولدِ شرعًا ولم يَثْبُتْ .

فصل [في شروط الاستيلاد]

وَأمّا شرطُه فما هو شرطُ ثُبوتِ النّسَب شرعًا، وهو الفِراشُ ولا فِراشَ إلاّ بملكِ اليمينِ، أو شُبْهةٍ (٤)، أو تأويلِ الملكِ أو ملكِ النّكاحِ، أو شُبْهَتِه، ولا تَصيرُ الأمةُ فِراشًا في ملكِ اليمينِ بنفسِ الوطْءِ بل بالوطْءِ مع قَرينةِ الدّعوى عندَنا، وهي من مسائلِ كِتاب الدّعوى، فلا (٥) يَثْبُتُ الاستيلادُ بدونِ الدّعوةِ، ويَسْتَوي في الاستيلادِ ملكُ القِنّةِ والمُدَبّرةِ لاستِوائهما في إثباتِ (٦) النّسَب إلاّ أنّ المُدَبّرةَ إذا صارتْ أُمّ ولدٍ بَطَلَ التّدْبيرُ؛ لأنّ أُمّيّةَ الولدِ أنْفَعُ لها .

ألا تَرَى أنّ أُمّ الولدِ لا تَسْعَى لغَريمٍ ولا لوارِثٍ، والمُدَبّرةُ تَسْعَى ويَسْتَوي في ثَباتِ النّسَب ملكُ كُلِّ الجاريةِ وبعضِها .

---

(١) في المخطوط: «لشبهة».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ملك».

(٤) في المخطوط: «شبهته».

(٥) في المخطوط: «ولا».

(٦) في المخطوط: «ثبات».

وكذا في الاستيلادِ حتّى [لو] [١] أنّ جاريةً بين اثنَيْنِ عُلِّقَتْ في ملكِهما فجاءَتْ بوَلَدٍ فادّعاه أحدُهما، يَثْبُتُ [٢] نَسَبُه منه وصارتِ الجاريةُ كُلُّها أُمّ ولدٍ له بالضّمانِ، وهو نصفُ قيمةِ الجاريةِ، ويَسْتَوي في هذا الضّمانِ اليسارُ والإعسارُ ويَغْرَمُ نصفَ العُقْرِ لشريكِه، ولا يَضْمَنُ من قيمةِ الولدِ شيئًا .

أمّا ثُبوتُ النّسَب فلِحُصولِ الوطْءِ في مَحَلٍّ له فيه ملكٌ؛ لأنّ ذلك القدرَ من الملكِ أوجَبَ ثُبوتَ النّسَب بقدرِه، والنّسَبُ لا يتجزّأُ وإذا ثَبَتَ في بعضِه ثَبَتَ في كُلِّه ضَرورةَ عَدَمِ التّجزُّؤِ، ولأنّ النّسب ثَبَتَ بشُبْهةِ الملكِ فلأنْ يَثْبُتَ بحقيقةِ الملكِ أولى .

وأمّا صَيْرورةُ الجاريةِ كُلِّها أُمّ ولدٍ له، فالنّصفُ قضيّةٌ للتّسَبُّب؛ لأنّ نصفَ الجاريةِ مَمْلوكٌ له، والنّصفُ الآخَرُ إمّا باعتِبارِ أنّ الاستيلادَ لا يتجزّأُ فيما يُمْكِنُ نَقْلُ الملكِ فيه، فإذا ثَبَتَ في البعضِ يَثْبُتُ في الكُلِّ لضَرورةِ عَدَمِ التّجَزُّؤِ وإمّا باعتِبارِ أنّه وُجِدَ سببُ التّكامُلِ، وهو النّسَبُ على [٣] كونِه مُتَجزِّئًا في نَفَسِه؛ لأنّ سببَ الاستيلادِ هو ثُبوتُ النّسَب، والنّسَبُ لا يتجزّأُ والحُكمُ [يثبت] [٤] على وفْقِ العِلّةِ فثَبَتَ الاستيلادُ، وفي نصيبه قضيّةٌ للسّبَب ثُمّ يتكامَلُ في الباقي بسبب النّسَب، وإمّا باعتِبارِ سببٍ آخَرَ أوجَبَ التّكامُلَ على ما عُرِفَ في الخلافيّاتِ، ثُمّ لا سبيلَ إلى التّكامُلِ بدونِ ملكِ [٥] نصيب شريكِه فيصيرُ مُتَمَلِّكًا نصيبَ شريكِه ضَرورةَ صحّةِ الاستيلادِ في ذلك النّصيب، ولا سبيلَ إلى تَمَلُّكِ مالِ الغيرِ (من غيرِ) [٦] بَدَلٍ، فيتمَلّكُه بالبدَلِ وهو نصفُ قيمَتِها، وإنّما استَوَى في هذا الضّمانِ حالةُ اليسارِ والإعسارِ؛ لأنّه ضَمانُ ملكٍ كضَمانِ المبيعِ .

وأمّا وجوبُ نصفِ العُقْرِ فلِوجودِ الإقرارِ منه بوَطْءِ ملكِ الغيرِ، وأنّه حَرامٌ إلاّ أنّ الحدّ لم يجبْ لمَكانِ شُبْهةِ [٧] لحُصولِ الوطْءِ في ملكِه وملكِ شريكِه فلا بُدّ من وجوب العُقْرِ ولا يدخلُ العُقْرُ في ضَمانِ القيمةِ؛ لأنّ ضَمانَ نصفِ القيمةِ ضَمانُ الجزءِ، وضَمانُ البضْعِ ضَمانُ الجزءِ، ولأنّ مَنافِعَ البُضْعِ لها حُكمُ الأجزاءِ، وضَمانُ الجزءِ لا يدخلُ في مثلِه .

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ثبت».
(٣) في المخطوط: «مع».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «تملك».
(٦) في المخطوط: «بغير».
(٧) في المخطوط: «الشبهة».

وأمّا عَدَمُ وجوب نصفِ قيمةِ الولدِ فلأنّه يملِكُ نصيبَ شريكِه بالعُلوقِ السّابقِ فصار الولدُ جاريًا على ملكِه فلا يكونُ [١] مَضمونًا عليه، ولأنّ الولدَ في حالِ العُلوقِ لا قيمةَ له فلا يُقابَلُ بالضّمانِ، ولأنّه كان بمنزلةِ الأوصافِ فلا يُفْرَدُ بالضّمانِ، ويَسْتَوي في ثُبوتِ النّسَبِ وصَيْرورةِ الجاريةِ أُمّ ولدٍ ملكُ الذّاتِ وملكُ اليدِ كالمُكاتَب إذا استَوْلَدَ جاريةً من إكسابه على ما نَذْكُرُ في كِتاب الدّعوى إنْ شاء اللّه تعالى ويَسْتَوي في دَعْوةِ النّسَب حالةُ الصِّحّةِ والمرَضِ؛ لأنّ [حال] [٢] النّسب من الحوائجِ الأصليّةِ.

وكذلك إذا ادّعاه أحدُهما وأعتَقَه الآخَرُ وخرج القولُ منهما مَعًا، فعِتْقُه باطِلٌ ودَعْوةُ صاحِبه أولى؛ لأنّ الدّعْوةَ استَنَدَتْ إلى حالةٍ مُتَقَدِّمةٍ، وهي العُلوقُ والعتقُ وقَعَ في الحالِ فصارتِ الدّعْوةُ أسبقَ من الإعتاقِ فكانت أولى، وإنِ ادّعَياه جميعًا فهو ابنُهما، والجاريةُ أُمُّ ولدٍ لهما تخدِمُ لهذا يومًا، ولِذاكَ يومًا، ولا يَضْمَنُ واحدٌ منهما من قيمةِ الأُمِّ لصاحِبه شيئًا، ويَضْمَنُ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَ العُقْرِ فيكونُ قِصاصًا.

أمّا ثُبوتُ النّسَب منهما: فمذهبُنا [٣]، وعندَ الشّافعيِّ يَثْبُتُ من أحدِهما ويتعَيّنُ بقولِ القافةِ وهي من مسائلِ (كِتاب الدّعوى).

وأمّا صَيْرورةُ نصيب كُلِّ واحدٍ منهما من الجاريةِ أُمّ ولدٍ له فلِثُبوتِ نَسَب ولدِها منه، فصار كأنّه [٢/ ١٩٤ب] انفرَدَ بالدّعْوةِ، وإنّما لا يَضْمَنُ أحدُهما للآخَرِ شيئًا من قيمةِ الأُمِّ؛ لأنّ نصيبَ كُلِّ واحدٍ منهما لم يَنْتَقِلْ إلى شريكِه، وإنّما ضَمِنَ كُلُّ واحدٍ منهما لصاحِبه نصفَ العُقْرِ لوجودِ سبب وجوب الضّمانِ، وهو الإقرارُ بالوطْءِ في ملكِ الغيرِ فيصيرُ أحدُهما قِصاصًا للآخَرِ لعَدَمِ الفائدةِ في الاستيفاءِ.

وكذلك لو كانتِ الجاريةُ بين ثلاثةٍ أو أربعةٍ أو خمسةٍ فادّعوه جميعًا مَعًا يَثْبُتُ نَسَبُه منهم، وتَصيرُ الجاريةُ أُمّ ولدِهم في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ لا يَثْبُتُ النّسَبُ من أكثَرَ من اثنَيْنِ، وعندَ محمّدٍ من أكثَرَ من ثلاثةٍ، ونَذْكُرُ الحِجَجَ في كِتاب الدّعوى إنْ شاء اللّه تعالى.

وإنْ كانتِ الأنصِباءُ مُختَلِفةً بأنْ كان لأحدِهم السُّدُسُ، والآخَرِ الرُّبُعُ، والآخَرِ الثُّلُثُ،

---

(١) في المخطوط: «يصير».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ستأتي هذه المسألة في كتاب الدعاوى.

ولِآخَرَ ما بقيَ يَثْبُتُ نَسَبُه [١] منهم ويصيرُ نصيبُ كُلٍّ واحدٍ منهم من الجاريةِ أُمَّ ولدٍ له، لا يتعَدّى إلى نصيب صاحِبه حتّى تكونَ الخدمةُ والكسْبُ والغلّةُ بينهم على قدرِ أنْصِبائهم؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهم ثَبتَ الاستيلادُ منه في نصيبه، فلا يجوزُ أنْ يَثْبُتَ فيه استيلادُ غيرِه.

ولو كانتِ الأمةُ بين الأب والابنِ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادّعَياه جميعًا مَعًا، أو كانت بين حُرٍّ وعبدٍ فادّعَياه، أو بين حُرٍّ ومُكاتَبٍ، أو بين مُكاتَبٍ وعبدٍ، أو بين مسلمٍ وذِمّيٍّ، أو بين كِتابيٍّ ومَجوسيٍّ، أو بين عبدٍ مسلمٍ أو مُكاتَبٍ مسلمٍ وبين حُرٍّ كافرٍ، أو بين ذِمّيٍّ ومُرْتَدٍّ، فحُكمُه يُذْكَرُ في (كِتاب الدّعوى).

هذا إذا كان العُلوقُ في ملكِ المُدّعيَيْنِ، فإنْ لم يكنْ بأنِ اشترياها وهي حامِلٌ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادّعاه أحدُهما أو كِلاهما فهو [٢] من مسائلِ الدّعوى نَذْكُره هناك إنْ شاء اللّه تعالى.

وكذا إذا ولدَتِ الجاريةُ المُشْتَركةُ بين اثنَيْنِ ولدَيْنِ، فادّعَى كُلُّ واحدٍ منهما ولدًا ولدَتْهما في بَطْنٍ أو بَطْنَيْنِ والدّعوتانِ خرجتا مَعًا أو على التّعاقُب، وكذا إذا ولدَتْ جاريةٌ لإنسانٍ ثلاثةَ أولادٍ فادّعَى أحدُهم وهم وُلِدوا في بَطْنٍ واحدٍ أو في بُطونٍ مُخْتَلِفةٍ وادّعَى المولى أحدَهم بعَيْنِه أو بغيرِ عَيْنِه فحُكمُ هذه الجملةِ في (كِتاب الدّعوى) وكذا دَعْوةُ الأب نَسب ولدِ جاريةِ ابنِه مع فُروعِها، (ودَعْوةُ اللّقيطِ) [٣] مع فُصولِها تُذْكَرُ ثَمّةَ إنْ شاء اللّه تعالى.

أمةٌ بين رجلَيْنِ أقَرّ أحدُهما أنّها أُمُّ ولدٍ لصاحِبه وأنْكَرَ ذلك صاحِبُه، قال أبو حنيفةَ: يَبْطُلُ حقُّ الشّاهِدِ في رَقَبَتِها موسِرًا كان المشهودُ عليه أو مُعْسِرًا، وتخدِمُ المشهودَ عليه يومًا، ويَرْفَعُ عنها يومًا، فإنْ مات المشهودُ عليه سَعَتْ لوَرَثَتِه، وكانت في حالِ السّعايةِ كالمُكاتَبةِ، فإنْ أدّتْ عَتَقَتْ وكان نصفُ ولائها للمشهودِ عليه والنّصفُ لبيتِ المالِ، وهو قولُ أبي يوسُفَ الآخرِ.

وقال محمّدٌ: يَسْعَى السّاعةَ في نصفِ قيمَتِها للمشهودِ عليه فإذا أدّتْ فهي حُرّةٌ لا سبيلَ لأحدٍ عليها.

---

(١) في المخطوط: «النسب».
(٢) في المخطوط: «فهي».
(٣) في المخطوط: «أو دعوة الأب».

وجه قولِه: إنّ المُقِرّ قد أفْسَدَ على شريكِه ملكَه بإقرارِه؛ لأنّه لَمّا لم يُصَدِّقْه الشّريكُ انقلَبَ إقرارُه على نَفسِه، فمَنِ [1] اشترى عبدًا ثُمّ أقرّ أنّ البائعَ كان قد أعتقَه وأنكرَ البائعُ أنّه يَنْقلِبُ إقرارُه عليه ويُجْعَلُ مُعْتقًا كذا ههنا، وإذا انقلَبَ إقرارُه على نَفسِه صار مُقِرًّا بالاستيلادِ في نصيبه، ومَتَى ثَبتَ في نصيبه ثَبتَ في نصيب صاحِبه [2]؛ لأنّه لم [3] يتجزّأ، فقد أفْسَدَ نصيبَ صاحِبه لكنْ لا سبيلَ إلى تَضْمينِه؛ لأنّ شريكَه قد كذّبَه في إقرارِه، فكان لشريكِه السِّعايةُ كما لو أعتَقَ المُقِرُّ نصيبَه وهو مُعْسِرٌ، وإذا سَعَتْ في نصيبه وعَتَقَ نصيبُه يعتِقُ الكُلُّ لعَدَمِ تَجزُّؤِ العتقِ عندَه.

ولهُما: أنّ المُقِرّ بهذا الإقرارِ يَدّعي الضّمانَ على المُنْكِرِ بسبب الجاريةِ؛ لأنّ الاستيلادَ لا يتجَزّأُ فيما يحتملُ النّقْلَ والملكَ ويجبُ الضّمانُ فيه على الشّريكِ في حالةِ اليسارِ والإعسارِ، ودَعْوَى الضّمانِ توجِبُ بَراءةَ الأمةِ عن السِّعايةِ فبَطَلَ حقُّه في رَقَبَتِها وبقِيَ حقُّ المُنْكِرِ [4] في نصيبه كما كان، ولأنّ المُقِرّ لا يَخْلو إمّا أنْ كان صادِقًا في الإقرارِ، وإمّا أنْ كان فيه كاذِبًا فيه، فإنْ كان صادِقًا كانتِ الجاريةُ كُلُّها أُمّ ولدٍ لصاحِبه، فيُسَلِّمُ له كمالَ الاستخدامِ، وإنْ كان كاذِبًا كانتِ الجاريةُ بينهما على ما كانت قبل الإقرارِ، فنصفُ الخدمةِ ثابتةٌ للمُنْكِرِ بيقينٍ، واعتِبارُ هذا المعنى يوجِبُ أنْ لا سِعايةَ عليها أيضًا. فأمّا المُقِرُّ فقد أسقَطَ حقّ نفسِه عن الخدمةِ لزَعْمِه أنّ كُلّ الخدمةِ لشريكِه، إلاّ أن شريكَه لَمّا رَدّ عليه بَطَلَتْ خدمةُ اليومِ، وبيعُ هذه الجاريةِ مُتَعَذِّرٌ؛ لأنّ الشّاهدَ أقرّ أنّها أُمُّ ولدٍ، وحينما أقرّ كان له ملكٌ فيها في [5] الظّاهرِ فيَنْفُذُ إقرارُه في حقِّه، وإذا مات المشهودُ عليه فإنّها تَسْعَى في نصفِ [٢/ ١٩٥أ] قيمَتِها لوَرَثَتِه؛ لأنّ في زَعْمِ الشّاهِدِ أنّها عَتَقَتْ بموتِ صاحِبه لزَعْمِه أنّها أُمُّ ولدِ صاحِبه، والأمةُ المُشْتَرَكةُ بين اثنَيْنِ إذا أقرّ أحدُهما على شريكِه بالعتقِ كان له عليها السِّعايةُ وإنْ كذّبَه صاحِبُه في الإقرارِ، كذلك ههنا.

ونصفُ الولاءِ للمشهودِ عليه لأنّها عَتَقَتْ على ملكِه ووَقَفَ النِّصفَ الآخَرَ؛ لأنّ المُقِرّ أقرّ أنّه للمشهودِ عليه، والمشهودُ عليه رَدّ عليه إقرارَه فلا يُعْرَفُ لهذا النِّصفِ مُسْتَحقٌّ

---

(١) في المخطوط: «كمن».
(٢) في المخطوط: «شريكه».
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «الشريك».
(٥) في المخطوط: «من حيث».

معلومٌ فيكونَ لبيتِ المالِ.

فإنْ جاءَتْ بولَدٍ فقال أحدُهما: هو ابنُ الشّريكِ وأنْكرَ الشّريكُ فالجوابُ في الأمِّ كذلك، وأمّا الولدُ فيعتِقُ ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه للمشهودِ عليه؛ لأنّ الشّريكَ المُقِرّ أقَرّ بحُرِّيّةِ الولدِ من جِهةِ شريكِه، وأحدُ الشّريكَيْنِ إذا شَهِدَ على الآخَرِ بالعتقِ وأنْكرَ الآخرُ يَسْعَى العبدُ للمشهودِ عليه، وفي مسألَتِنا لا يَسْعَى للشّاهِدِ؛ لأنّه أقَرّ أنّه حُرُّ الأصلِ وأنّه لا سِعايةَ [له] [(١)] عليه.

ونَظيرُ هذه المسألةِ ما رَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ في جاريةٍ بين شريكَيْنِ ادّعَى أحدُهما أنّ شريكَه دَبّرَها وأنْكرَ الشّريكُ فإنّ أبا حنيفةَ قال: الشّاهدُ بالخيارِ إنْ شاء دَبّرَ فخَدَمَتْه [(٢)] يومًا والآخَرَ [(٣)] يومًا، وإنْ شاء أمسَكَ ولم يُدَبِّرْ فخَدَمَتْه يومًا والآخَرَ [(٤)] يومًا، وإنْ شاء استَسْعاها في نصفِ قيمَتِها فسَعَتْ له يومًا وخَدَمَتِ الآخَرَ يومًا، فإذا أدّتْ فعَتَقَتْ سَعَتْ للآخَرِ، وكان قولُ أبي يوسُفَ في ذلك أنّها كأُمِّ الولدِ ثُمّ رَجَعَ، وقال: توقَفُ كما قال أبو حنيفةَ، إلاّ في تَبْعيضِ التّدْبيرِ، وقال محمّدٌ: تَسْعَى السّاعةَ.

وجه قولِ محمّدٍ على نحوِ ما ذَكرنا في الاستيلادِ، وهو: أنّ الشّريكَ لَمّا لم يُصَدِّقْه في إقرارِه انقَلَبَ عليه إقرارُه وثَبَتَ التّدْبيرُ في نصيبه، وإنّه يتعَدّى إلى نصيب المُنْكِرِ لعَدَمِ تَجَزُّؤِ التّدْبيرِ عندَه، فقد أفْسَدَ نصيبَ المُنْكِرِ و[قد] [(٥)] تَعَذّرَ إيجابُ الضّمانِ عليه للمُنْكِرِ لتَكذيبه إيّاه فتَسْعَى الجاريةُ له، كما لو أنْشأَ التّدْبيرَ في نصيبه، ومن أصلِ أبي حنيفةَ أنّ التّدْبيرَ يتجَزّأُ فلا يصيرُ نصيبُه بإقرارِه بالتّدْبيرِ على صاحِبه مُدَبّرًا كما لو دَبّرَ أحدُ الشّريكَيْنِ نصيبَه، أنّه يَبْقَى نصيبُ الآخَرِ على حالِه وله التّدْبيرُ والاستِسْعاءُ والتّرْكُ على حالِه، إلاّ أنّ ههنا لو اختارَ السِّعايةَ فإنّما يَسْتَسْعاها يومًا ويَتْرُكُها يومًا؛ لأنّه لا يملِكُ جميعَ مَنافِعِها فلا يملِكُ أنْ يَسْتَسْعيَ [إلاّ على] [(٦)] مِقْدارِ حقِّه، فإذا أدّتْ عَتَقَ نصيبُه ويَسْعَى للمُنْكِرِ في نصيبه؛ لأنّه فسَدَ نصيبُه وتَعَذّرَ تَضْمينُ المُقِرِّ، فكان له أنْ يَسْتَسْعيَ.

وأبو يوسُفَ وافَقَ أبا حنيفةَ إلاّ أنّه يقولُ: إنّ التّدْبيرَ يتجَزّأُ فهو بدَعْوَى التّدْبيرِ على

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فيخدمه».
(٣) في المخطوط: «وللآخر».
(٤) في المخطوط: «وللآخر».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.

شريكِه [(١)]، يَدّعي الضّمانَ عليه موسِرًا كان أو مُعْسِرًا فكان مُبَرِّئًا للأمةِ عن السِّعايةِ فلم يَبْقَ له حقُّ الاستِسْعاءِ ولا حقُّ الاستخدامِ فيتوَقّفَ نصيبُه، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَرَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ أنّه إذا شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما بالتّدْبيرِ على صاحِبه، أو شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما على صاحِبه بالاستيلادِ، فلا سبيلَ لكل لواحدٍ [(٢)] منهما على صاحِبه، ولا على الأمةِ موسِرَيْنِ كانا أو مُعْسِرَيْنِ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يَدّعي حق الحُرّيّةِ من جِهَتِه، (والإبْراءَ للأمةِ) [(٣)] من السِّعايةِ ويَدّعي [(٤)] الضّمانَ على شريكِه .

وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، فأمّا محمّدٌ فوافَقَ أبا حنيفةَ في هذا الفصلِ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ من الشّريكَيْنِ ههنا أبْرأ الأمةَ من السِّعايةِ وادّعَى الضّمانَ على شريكِه .

وَرَوَى المُعَلّى عن أبي يوسُفَ في عبدٍ بين شريكَيْنِ [(٥)] قال أحدُهما للآخَرِ: هذا ابني وابنُك أو ابنُك وابني فقال الآخَرُ: صَدَقْت، فهو ابنُ المُقِرِّ خاصّةً دونَ المُصَدِّقِ، وكذلك قال محمّدٌ في الزّياداتِ في صَبيٍّ لا يعقِلُ في يَدِ رجلَيْنِ قال أحدُهما للآخَرِ: هو ابني وابنُك، وصَدّقَه صاحِبُه .

وإنّما كان كذلك؛ لأنّه لَمّا قال هو ابني فكَما قال ذلك [(٦)] ثَبَتَ نَسَبُه منه لوجودِ الإقرارِ منه بالنّسَب في ملكِه، فلا يحتملُ الثُّبوتَ من غيرِه . بعدَ ذلك قال محمّدٌ: لو قال هذا ابنُك، وسَكَتَ فلم يُصَدِّقْه صاحِبُه حتّى قال هو ابني معك، فهو موقوفٌ، فإنْ قال صاحِبُه: هو ابني دونَك فهو كما قال؛ لأنّه [لما] [(٧)] أقَرّ له بالنّسَب ابتِداءً وسَكَتَ فقد استَقَرّ إقرارُه ووَقَفَ على التّصْديقِ فقولُه بعدَ ذلك [هو] [(٨)] ابني يتضَمّنُ إبْطالَ الإقرارِ فلا يَسْمَعُ فإذا وجَدَ التّصْديقَ من المُقَرِّ له ثَبَتَ النّسَبُ [(٩)] منه قال: فإنْ قال المُقَرُّ له: ليس بابني ولكنّه ابنُك أو قال: ليس بابني ولا ابنُك أو قال: ليس بابني، وسَكَتَ فليس بابنِ [٢/ ١٩٥ب] لواحدٍ منهما، في قياسِ قول أبي حنيفةَ .

وقال محمّدٌ إنْ صَدّقَه فهو ابنُ المُقِرِّ له وإنْ كذّبَه فهو ابنُ المُقِرِّ .

---

(١) في المخطوط: «الشريك».
(٢) في المطبوع: «لواحد».
(٣) في المخطوط: «وإبراء الأمة».
(٤) في المخطوط: «وادعى».
(٥) في المخطوط: «رجلين».
(٦) في المخطوط: «هذه المقالة».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «نسبه».

فهذا فرعُ اختلافِهم فيمَنْ أقَرّ بعبدٍ أنّه ابنُ فُلانٍ وكذّبه المُقَرُّ له وادّعاه المولى أنّه لم تَصحّ دَعْوَتُه في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِهما تَصحُّ.

وجه قولِهما: أنّه لَمّا كذّبه المُقَرُّ له فقد بَطَلَ إقرارُه كما في الإقرارِ بالمالِ وإذا بَطَلَ إقرارُه التحقَ بالعدَمِ فجاز أنْ يَدّعيَه لنفسِه ولأبي حنيفةَ أنّه لَمّا أقَرّ بالنّسَب لغيرِه فقد زَعَمَ أنّه ثابتُ النّسَبِ منه، فتَكذيبُه يَنْفي ثُبوتَ النّسَب منه في حقِّه لا في حقِّ الشّريكِ [1] بل بقيَ ثابتَ النّسَبِ منه في حقِّه، فإذا [ادعاه فقد] [2] ادّعَى ولدًا هو ثابتُ النّسَب من الغيرِ في حقِّه فلا تُسْمَعُ دَعْواه، ولو قال: هو ابني وابنُكَ فهو (من الثّاني) [3]؛ لأنّه لَمّا قال هو ابني [فقد] [4] صَدّقَه، فقد ثَبَتَ نَسَبُه منه فإقرارُه بعدَ ذلك بقولِه وابنُك لم يصحّ، قال محمّدٌ: فإنْ كان هذا الغُلامُ يعقِلُ فالمرجِعُ إلى تَصْديقِه؛ لأنّه إذا كان عاقِلاً كان في يَدِ نَفَسِه، فلا تُقْبَلُ دَعْوَى النّسَب عليه من غيرِ تَصْديقِه.

قال: وإنْ كان الولدُ من [5] أمةٍ ولدَتْه في ملكِهما، فالجوابُ كالأوّلِ في النّسَب إنّ على قولِ أبي حنيفةَ لا يَثْبُتُ من المُقِرِّ بعدَ اعترافِه لشريكِه، وعلى قولِهما يَثْبُتُ قال: والأمةُ أُمُّ ولدٍ لمَنْ ثَبَتَ النّسَبُ منه؛ لأنّ الاستيلادَ يَتْبَعُ النّسب.

ومن هذا النّوعِ: ما إذا اشترى رجلانِ جاريةً فجاءَتْ بوَلَدٍ [6] في ملكِهما لستّةِ أشهرٍ فصاعِدًا، وادّعَى أحدُهما أنّ الولدَ ابنُه وادّعَى الآخَرُ أنّ الجاريةَ بنتُه وخرجتِ الدّعوتانِ مَعًا، فالدّعْوةُ دَعْوةُ مَنْ يَدّعي الولدَ، ودَعْوةُ مُدّعي الأُمِّ باطِلةٌ؛ لأنّ مُدّعيَ الولدِ دَعْوَتُه دَعْوةُ الاستيلادِ [7]، والاستيلادُ يَسْتَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ، ومُدّعيَ الأُمِّ دَعْوةُ تَحْريرٍ والتّحريرُ يَثْبُتُ في الحالِ ولا يَسْتَنِدُ، فكانت دَعْوةُ مُدّعي الولدِ سابقةً، فثَبَتَ نَسَبُ الولدِ منه ويصيرُ نصيبُه من الجاريةِ أُمّ ولدٍ له، ويَنْتَقِلُ نصيبُ شريكِه منها إليه فكان دَعْوَى الشّريكِ دَعْوَى فيما لا يملِكُ فلا يُسْمع، وهل يَضْمَنُ مُدّعي الولدِ بنصفِ قيمةِ الأُمّ ونصفِ عُقْرِها؟ قال محمّدٌ: يَضْمَنُ.

---

(١) في المخطوط: «المقر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ابن الثاني».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ابن».
(٦) في المخطوط: «بولدين».
(٧) في المخطوط: «استيلاد».

وذَكَرَ في الجامِعِ الكبيرِ: أنّ هذا قياسُ قولِ أبي حنيفةَ، وهي رِوايةُ بشْرِ بنِ الوليدِ عن أبي يوسُفَ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ أنّه لا شيءَ على مُدّعي الولدِ من قيمةِ الأمِّ ولا من العُقْرِ [1]، ولا شيءَ له أيضًا على مُدّعي الأمِّ، فإنْ أكذَبَ مُدّعي الأمِّ نَفسَه فلَه نصفُ قيمةِ الأمِّ، ونصفُ عُقْرِها على مُدّعي الولدِ، وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّ هذا القول أقيَسُ.

ووَجْهُه أنّ مُدّعي الأمِّ أقَرّ أنّها حُرّةُ الأصلِ، [فكان مُنْكِرًا ضَمانَ القيمةِ] [2]، فلا يَثْبُتُ له [حقٌّ] [3] التّضمينِ، فإنْ رَجَعَ عن دَعْواه وأكذَبَ نَفسَه ثَبَتَ له حقُّ الضّمانِ الذي اعترَفَ به له شريكُه.

وجه قولِ أبي حنيفةَ ومحمدٍ وإحدَى الروايتيْنِ عن أبي يوسُفَ: أنّه لَمّا ثَبَتَ نَسَبُ الولدِ من المُدّعي، فقد صار نصيبُه من الجاريةِ أمّ ولدٍ له فكذا نصيبُ شريكِه لعَدَمِ تَجَزُّؤِ الجاريةِ في حقِّ الاستيلادِ فيما يحتملُ النّقْلَ، فصار مُتَملكًا [4] نصيبَ شريكِه عليه، ولا يجوزُ تَمَلُّكُ مالِ الغيرِ إلاّ بعِوَضٍ فيَضْمَنَ لشريكِه نصفَ قيمةِ الأمِّ، ويَضْمَنَ له نصفَ عُقْرِ الجاريةِ أيضًا؛ لأنّ الوطْءَ لاقاها، ونصفُها مَمْلوكٌ للشّريكِ، فما صادَفَ ملكَ غيرِه يجبُ به العُقْرُ.

وأمّا قولُه: أنّ مُدّعيَ الأمِّ أقَرّ أنّها حُرّةُ الأصلِ، فالجوابُ من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه لَمّا قضَى بكَوْنِها أمّ ولدٍ للمُدّعي فقد صار مُكذّبًا شرعًا، فبَطَلَ كما لو ادّعَى المُشْتَري أنّه اشترى الدّارَ بألفٍ وادّعَى البائعُ البيعَ بألفَيْنِ وأقامَ البائعُ البيّنةَ، وقضَى القاضي بألفَيْنِ [5] [على المُدّعَى عليه] [6]، أنّ الشّفيعَ يأخُذُها بالألفَيْنِ من المُشْتَري وإنْ سبقَ من المُشْتَري الإقرارُ بالشِّراءِ بألفٍ [7] لما أنّه كذّبَه [8] شرعًا كذا هذا.

والثاني: أنّ إقرارَه بحُرّيّتِها وُجِدَ بعدَما حَكَمَ بزوالِها عن ملكِه؛ لأنّها جُعِلَتْ زائلةً عنه من وقتِ العُلوقِ فلم يصحّ إقرارُه، فلم يصِرْ إقرارُه إبْراءَ إيّاه عن الضّمانِ كما في مسألةِ الشّفيعِ.

---

(١) في المخطوط: «عقرها».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المطبوع: «متلفًا».
(٥) في المخطوط: «بالألفين».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «بالألف».
(٨) في المخطوط: «كذب».

وَمن مسائلِ دَعْوَى الولدِ: إذا كاتَبَ الرّجُلُ أمَتَه فجاءَتْ بوَلَدٍ ليس له نَسَبٌ معروفٌ فادّعاه المولى ثَبَتَ نَسَبُه منه صَدّقَتْه أم كذّبَتْه، وسَواءٌ جاءَتْ بالولدِ لسِتّةِ أشهرٍ أو لأكثَرَ أو لأقلّ فإنّ نَسب الولدِ يَثْبُتُ على كُلِّ حالٍ إذا ادّعاه؛ لأنّ المُكاتَبَةَ باقيةٌ على ملكِ المولى فكان ولدُها مَمْلوكًا له، ودَعْوةُ المولى ولدَ أمَتِه لا تَقِفُ صحّتُها على التّصْديقِ وعِتْقِ الولدِ؛ لأنّ نَسبه ثَبَتَ من [٢/ ١٩٦أ] المولى ولا ضَمانَ عليه فيه؛ لأنّ غَرَضَ المُكاتَبَةِ من الكِتابةِ عِتْقُها وعِتْقُ أولادِها وقد حَصَلَ لها هذا الغرَضُ فلا يَضْمَنُ لها شيئًا، ثُمّ إنْ جاءَتْ بالولدِ لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ فعليه العُقْرُ؛ لأنّه تَبيّنَ أنّ الوطْءَ [حَصَلَ] [١] في حالِ الكِتابةِ.

وإنْ جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ مُنْذُ [٢] كاتَبَها فلا عُقْرَ عليه؛ لأنّه عَلِمَ أنّه وطِئَها قبل الكِتابةِ، والمُكاتَبَةُ بالخيارِ إنْ شاءتْ مَضَتْ على كِتابَتِها، وإنْ شاءتْ عَجزَتْ نفسها؛ لأنّ الحُرّيّةَ تَوَجّهَتْ إليها من جِهَتَيْنِ [٣] ولها في كُلِّ واحدةٍ منهما غَرَضٌ صَحيحٌ؛ لأنّ بالكِتابةِ تَتَعَجّلُ لها الحُرّيّةُ وبالاستيلادِ تَسْقُطُ عنها السِّعايةُ، فكان التّخْييرُ مُفيدًا فكان لها (أنْ تختارَ) [٤] أيّهما شاءتْ.

وَإنِ ادّعَى المولى ولدَ جاريةِ المُكاتِب له وقد عَلِقَتْ به في ملكِ المُكاتِب، فإنّه يرجعُ إلى تَصْديقِ المُكاتِب، فإنْ كذّبَ المولى لم يَثْبُتْ نَسَبُ الولدِ ولا تَصيرُ الجاريةُ أُمّ ولدٍ له، وكانتِ الجاريةُ ووَلَدُها مَمْلوكَيْنِ، وإنْ صَدّقَه كان الولدُ ابنَ المولى وعليه قيمَتُه يومَ وُلِدَ.

وذَكَرَ محمّدٌ في (الزّياداتِ) ولم يَحْكِ خلافًا، وكذا ذَكَرَ في الدّعاوَى [٥] إلاّ أنّه قال: أستَحْسِنُ ذلك إذا كان الحبَلُ في ملكِ المُكاتِب، وهذا يُشيرُ إلى أنّ القياسَ أنْ لا يعتِقَ الولدُ وإنْ صَدّقَه المُكاتِبُ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسُفَ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن أبي يوسُفَ أنّ المولى يُصَدّقُ بغيرِ تَصْديقِ المكاتِب. وجه القياسِ أنّه لَمّا لم يُقْبل قولُه بغيرِ تَصْديقٍ، فكذا مع التّصْديقِ؛ لأنّ المُكاتَبَ (لا يملِكُ) [٦] التّحريرَ بنفسِه فلا يملِكُ التّصْديقَ بالحُرّيّةِ أيضًا، وجه الرِّوايةِ الأُخرى لأبي يوسُفَ أنّ حقّ الرّجُلِ في مالِ مُكاتَبه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فقد».
(٣) في المخطوط: «وجهين».
(٤) في المخطوط: «الخيار».
(٥) في المخطوط: «الدعوى».
(٦) في المخطوط: «ملك».

أقوَى من حقِّه في مالِ ولدِه، (فلَمّا ثَبَتَ) [١] النّسَبُ في جاريةِ الابنِ من غيرِ تَصْديقٍ فههنا أولى.

وجه ظاهرِ [٢] **الروايةِ:** أنّ حقّ المُكاتَب في كسْبه أقوَى من حقِّ المولى بدَليلِ أنّه لا يملِكُ النّزْعَ من يَدِه فكان المولى في حقِّ ملكِ التّصَرُّفِ في مالِ المُكاتَب بمنزلةِ الأجنَبيِّ، فتَقِفُ صحّةُ دَعْوَتِه على تَصْديقِ المُكاتَب فإنْ صَدّقَه كان الولدُ ابنَ المولى وعليه قيمَتُه يومَ وُلِدَ؛ لأنّه يُشْبه ولدَ المغْرورِ لثُبوتِ الملكِ في الأُمِّ من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لأنّ ملكَ الذّاتِ [٣] في المُكاتَب للمولى وملكُ التّصرُّفاتِ للمُكاتَب كالمغْرورِ، أنّه يَثْبُتُ الملكُ في الأُمِّ ظاهرًا وللمُسْتَحِقِّ حقيقةً، ووَلَدُ المغْرورِ حُرٌّ بالقيمةِ.

قال محمّدٌ في (الزّياداتِ): إذا اشترى المُكاتَبُ أمةً حامِلًا فادّعَى مولاها ولدَها، أو اشترى عبدًا صَغيرًا فادّعاه لم يَجز دَعْوَتُه إلاّ بالتّصْديقِ كما في المسألةِ الأولى، إلاّ أنّ هناك إذا صَدّقَه يَثْبُتُ النّسَبُ ويعتِقُ وههنا إنْ صَدّقَه المكاتِبُ ثَبَتَ نَسَبُه ولا يعتِقُ؛ لأنّ تلك الدّعْوى دَعْوى استيلادٍ [لوجود العلوق في الملك] [٤] وهذه الدعوى ليست دعوى استيلاد لعَدَمِ العُلوقِ في الملكِ فكانت دَعْوى تَحْريرٍ، والمولى لا يملِكُ تَحْريرَه، ألا تَرَى أنّه لو أعتقَه لا تَصحُّ؟ إلاّ أنّ النّسب يَثْبُتُ، وليس من ضَرورةِ ثُبوتِ النّسَب ثُبوتُ العتقِ ألا تَرَى أنّ مَنِ ادّعَى ولدَ أمةِ أجنَبيٍّ فصَدّقَه مولاه يَثْبُتُ [٥] النّسَبُ ولا يعتِقُ في الحالِ؟ كذا ههنا.

فَصْلٌ [في صفة الاستيلاد]

وأمّا صِفةُ الاستيلادِ فالاستيلادُ لا يتجزّأُ عندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ كالتّدْبيرِ وعندَ أبي حنيفةَ هو مُتَجَزِّئٌ إلاّ أنّه قد يتكامَلُ عندَ وجودِ سبب التّكامُلِ وشرطِه، وهو إمكانُ التّكامُلِ، وقيلَ: إنّه لا يتجزّأُ عندَه أيضًا لكنْ فيما يحتملُ (نَقْلَ الملكِ) [٦] فيه، وأمّا فيما لا يحتملُ فهو مُتَجَزِّئٌ عندَه.

---

(١) في المخطوط: «فلا يثبت».
(٢) في المخطوط: «هذه».
(٣) في المخطوط: «الأب».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ثبت».
(٦) في المخطوط: «النقل».

وبيانُ هذا [في] [١] ما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ في الأمةِ القِنَّةِ بين اثنَيْنِ، جاءَتْ بوَلَدٍ فادّعاه أحدُهما أنّ كُلّها صارتْ أُمّ ولدٍ له، وإنِ ادّعَياه جميعًا صارتْ أُمّ ولدٍ لهما جميعًا ثُمّ أُمُّ الولدِ الخالِصةُ إذا أعتَقَ المولى نصفَها عَتَقَ كُلُّها بالإجماعِ.

وكذا إذا كانت بين اثنَيْنِ فأعتَقَ أحدُهما نصيبَه عَتَقَ جميعُها بلا خلافٍ، لكنْ عندَهما لعَدَمِ تَجزُّؤِ الإعتاقِ، وعندَه لعَدَمِ الفائدةِ في بقاءِ حُكمِ الاستيلادِ في الباقي لا بإعتاقِه كما في الطّلاقِ والعفوِ عن القِصاصِ على ما بيّنّا في كِتاب العتاق، ولا ضَمانَ على الشّريكِ المُعْتِقِ ولا سِعايةَ عليها في قولِ أبي حنيفةَ وسَتأتي [المسألةُ في موضِعِها] [٢]، والفرقُ بين المُدَبّرِ وأُمِّ الولدِ في هذا الحُكمِ إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو كانت مُدَبّرةً صار نصيبُ المُدّعي أُمّ ولدٍ له، ونَصيبُ الآخَرِ بقيَ مُدَبّرًا على حالِه، وإنْ كانت مُكاتَبةً بين اثنَيْنِ صار نصيبُ المُدّعي أُمّ ولدٍ عند أبي حنيفةَ، وتَبْقَى الكِتابةُ، وعندَهما يصيرُ الكُلُّ أُمّ ولدٍ للمُدّعي، وتُفْسَخُ الكِتابةُ في النِّصفِ وهي من [٢/ ١٩٦ب] مسائلِ كِتاب المُكاتَب.

فصل [في حكم الاستيلاد]

وَأمّا حُكمُ الاستيلادِ: فنوعانِ أيضًا كحُكمِ التّدْبيرِ:

أحدُهما: يتعَلّقُ بحالِ حَياةِ المُسْتَوْلِدِ.

والثّاني: يتعَلّقُ بما بعدَ موتِه.

أمّا الأوّل: فما ذَكَرْنا في التّدْبيرِ وهو ثُبوتُ حقِّ الحُرّيّةِ عندَ عامّةِ العلماءِ.

وقال بِشْرُ بنُ غياثٍ المريسيّ وداوُد بنُ عَليٍّ الأصفَهانيُّ [إمامُ أصحاب الظّاهرِ] لا حُكمَ له في الحالِ، وعلى هذا تُبْتَنَى جملةٌ من الأحْكامِ؛ فلا يجوزُ بيعُ أُمِّ الولدِ عندَ العامّةِ [٣]، وعندَهما: يجوزُ [٤].

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ١٤٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٤٤)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٠١)، فتح القدير (٦/ ٤٠٦)، البحر الرائق (٦/ ٧٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٥٣).

(٤) وفي بيان مذهب الظاهرية يقول ابن حزم: «ولا يحِلُّ بيع أمة حملت من سيدها»، انظر المحلى (٧/ ٥٠٥).

واحتَجّا بما رُوِيَ عن جابرِ بنِ عبدِ اللّه أنّه قال: كُنّا نَبيعُ أُمّهاتِ الأولادِ على عهد رسولِ اللّه ﷺ [(١)] ولأنّها مَمْلوكةٌ له، بدَليلِ أنّه يَحِلُّ له وطْؤُها، ولا يَحِلُّ الوطْءُ إلاّ في الملكِ، وكذا تَصحُّ إجارَتُها وكِتابَتُها، فدَلّ أنّها مَمْلوكةٌ له فيجوزُ بيعُها كبيعِ القِنّةِ.

ولنا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**أُمُّ الوَلَدِ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ**» [(٢)] وهي حُرّةٌ من جميعِ المالِ [وهذا نصٌّ في الباب] [(٣)]، ورُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال في أُمِّ إبْراهيمَ عليها السلام: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» [(٤)] فظاهِرُه يقتَضي ثُبوتَ حقيقةِ الحُرّيّةِ للحالِ، أو الحُرّيّةِ من كُلِّ وجهٍ، إلاّ أنّه تَأخّرَ ذلك إلى ما بعدَ الموتِ بالإجماعِ، فلا أقَلّ من انعِقادِ سببِ الحُرّيّةِ، أو الحُرّيّةِ من [كل] [(٥)] وجهٍ، وكُلُّ ذلك عَدَمٌ يمْنَعُ جَوازَ البيعِ.

ورُوِيَ أنّ سَعيدَ بنَ المُسَيِّب سُئِلَ عن بيعِ أُمّهاتِ الأولادِ فقال: إنّ النّاسَ يقولونَ إنّ أوّلَ مَنْ أمر بعِتْقِ أُمّهاتِ الأولادِ عُمَرُ بنُ الخطّاب وليس كذلك، لكنّ رسول اللّه ﷺ أوّلُ مَنْ أعتَقَهُنّ ولا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ، ولا يَسْتَسْعينَ في دَيْنٍ [(٦)].

وعن سَعيدِ بنِ المُسَيِّب أنّ رسول اللّه ﷺ أمرَ بعِتْقِ أُمّهاتِ الأولادِ وأنْ لا يُبَعْنَ في الدَّيْنِ ولا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ وكذا إجماع [(٧)] التّابعينَ على أنّه لا يجوزُ بيعُ أُمِّ الولدِ، فكان قولُ بشْرٍ وأصحاب الظّواهرِ مُخالِفًا للإجماعِ فيكونُ [(٨)] باطِلًا، ومن مَشايِخِنا مَنْ قال: عليه إجماعُ الصّحابةِ أيضًا لما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه سُئِلَ عن بيعِ أُمّهاتِ الأولادِ فقال: كان رأيي ورأيِ عُمَرَ أنْ لا يُبَعْنَ، ثُمّ رأيتُ بيعَهُنّ فقال له عُبيدةُ السّلْمانيُّ: رأيُك

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب العتق، باب: في عتق أمهات الأولاد، حديث (٣٩٥٤)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٩٩)، حديث (٥٠٤٠)، وابن ماجه، حديث (٢٥١٧)، وابن حبان في صحيحه (١٠/ ١٦٦)، حديث (٤٣٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٨)، حديث (١٢٥٨١)، وهو حديث صحيح، وانظر الإرواء (١٧٧٧)، والمشكاة (٣٣٥٩).

(٢) **إسناده حسن موقوفًا:** رواه الدارقطني في سننه (٤/ ١٣٤)، حديث (٣٣) عن عمر رضي الله عنه، وانظر: التلخيص الحبير (٤/ ٢١٨)، خلاصة البدر المنير (٢/ ٤٦٤، ٤٦٥)، حديث (٢٩٩٢).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) رواه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٤)، حديث (٢١٥٦٠)، قلت: انظر نصب الراية (٣/ ٢٨٨)، والدراية (٢/ ٨٧)، حديث (٦٢٢).

(٧) في المطبوع: «جميع».

(٨) في المخطوط: «فكان».

مع الجماعةِ أحبُّ إلَيّ من رأيك وحْدَك [١]، وفي رِوايةٍ أخرى عن [٢] عَليٍّ رضي الله عنه: اجتَمع [٣] رأيي ورأيُ عُمَرَ في ناسٍ من أصحاب رسولِ اللّه ﷺ على عِتْقِ أمّهاتِ الأولادِ، ثُمّ رأيتُ بعدَ ذلك أنْ يُبْعَنَ في الدَّيْنِ، فقال عُبيدةُ رأيُك ورأيُ عُمَرَ في الجماعةِ أحبُّ إلَيّ من رأيِك في الفُرْقةِ فقولُ عُبيدةَ في الجماعةِ إشارةٌ إلى سَبْقِ الإجماعِ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ثُمّ بَدا لعَليٍّ رضي الله عنه فيُحمَلُ خلافُه على أنّه كان لا يَرى استِقْرارَ الإجماعِ ما لم يَنْقَرِضِ العصْرُ، ومنهم مَنْ قال: كانتِ المسألةُ مُخْتَلِفةً بين الصّحابةِ رضي الله عنهم فكان عَليٌّ وجابرٌ رضي الله عنهما يَرَيانِ بيعَ أُمِّ الولدِ، لكنّ التّابعينَ أجمَعوا على أنّه لا يجوزُ، والإجماعُ المُتَأخِّرُ يَرْفَعُ الخلافَ المُتَقَدِّمَ عندَ أصحابنا لما عُرِفَ في أُصولِ الفقه، ولأنّ أُمّ الولدِ تعتِقُ عندَ موتِ السّيِّدِ بالإجماعِ، ولا سببَ سِوَى الاستيلادِ السّابقِ، فعُلِمَ أنّه انعَقَدَ سببًا للحالِ لثُبوتِ الحُرّيّةِ بعدَ الموتِ وأنّه يمْنَعُ جَوازَ البيعِ لما بيّنّا في التّدْبيرِ .

وأمّا حَديثُ جابرٍ رضي الله عنه فيحتملُ أنّه أرادَ بالبيعِ الإجارةَ؛ لأنّها تُسَمّى بيعًا في لُغةِ أهلِ المدينةِ، ولأنّها بيعٌ في الحقيقةِ لكَوْنِها مُبادَلةَ شيءٍ مرغوبٍ بشيءٍ مرغوبٍ، ويحتملُ أنّه كان في ابتِداءِ الإسلامِ حينما كان بيعُ الحُرِّ مشروعًا ثُمّ انتَسَخَ بانتِساخِه، فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ .

وأمّا قولُه: إنّها مَمْلوكةٌ للمُسْتَوْلِدِ، فنَعَم، لكنْ هذا لا يمْنَعُ انعِقادَ سبب الحُرّيّةِ من غيرِ حُرّيّةٍ أصلًا ورأسًا، وهذا القدرُ يَكفي للمَنْعِ من جَوازِ البيعِ لما ذَكَرْنا في كِتاب التّدْبيرِ وسَواءٌ كان المُسْتَوْلِدُ مسلمًا أو كافرًا، مُرْتَدًّا أو ذِمّيًّا أو مُسْتَأمَنًا، خرج إلى ديارِنا ومعه أُمُّ ولدِه لا يجوزُ له بيعُها؛ لأنّها أُمُّ ولدٍ؛ لأنّ أُمّيّةَ الولدِ تَتْبَعُ ثَباتَ النّسَب، والكُفْرُ لا يمْنَعُ ثُبوتَ النّسَب، ولمّا دخلَ المُسْتَأمَنُ دارَ الإسلام بأمانٍ فقد رَضِيَ بحُكم الإسلامِ، ومن حُكمِ الإسلامِ أنْ لا يجوزَ بيعُ أُمِّ الولدِ، وكذلك كُلُّ تَصرُّفٍ يوجِبُ بُطْلانَ حقِّ الحُرّيّةِ الثّابتةِ لها بالاستيلادِ لا يجوزُ، كالهِبةِ والصّدَقةِ والوصيّةِ والرّهْنِ؛ لأنّ هذه التّصرُّفاتِ

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٢٩١)، حديث (١٣٢٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٣)، حديث (٢١٥٥٦)، وانظر: نصب الراية (٣/ ٢٩٠)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٩).
(٢) في المخطوط: «قال». (٣) في المخطوط: «أجمع».

توجِبُ زوالَ ملكِ العيْنِ (١) فيوجِبُ بُطْلانَ هذا الحقِّ، وما لا يوجِبُ بُطْلانَ هذا الحقِّ فهو (٢) جائزٌ، كالإجارةِ والاستخدامِ والاستسعاء (٣) والاستِغْلالِ والاستمْتاعِ [والوطْءِ] (٤)؛ لأنّها تَصرُّفٌ في المنفَعةِ لا في العيْنِ، والمنافِعُ [٢/ ١٩٧أ] مَمْلوكةٌ له والأُجْرةُ والكسْبُ والغلّةُ والعُقْرُ والمهرُ للمولى؛ لأنّها بَدَلُ المنفَعةِ، والمنافِعُ على ملكِه.

وكذا ملكُ العيْنِ (٥) قائمٌ؛ لأنّ العارِضَ وهو التّدْبيرُ لم (٦) يُؤَثِّرْ إلاّ في ثُبوتِ حقِّ الحُرّيّةِ من غيرِ حُرّيّةٍ، فكان ملكُ اليمينِ قائمًا، وإنّما الممْنوعُ منه (٧) تَصرُّفٌ يُبْطِلُ هذا الحقّ، وهذه التّصرُّفاتُ لا تُبْطِلُه، وكذا الأرشُ له لأنه بَدَلَ جزءٍ هو ملكُه، وله أنْ يُزوِّجَها؛ لأنّ التّزْويجَ تمليكُ المنفَعةِ، ولا يَنْبَغي أنْ يُزوِّجَها حتّى يَسْتَبْرِئَها بحيضةٍ؛ لاحتمالِ أنّها حَمَلَتْ منه فيكونُ النّكاحُ فاسِدًا، ويصيرَ الزّوجُ بالوطْءِ ساقيًا ماءَه زَرْعَ غيرِه، فكان التّزْويجُ تعريضًا للفسادِ فيَنْبَغي أنْ يتحرّزَ من (٨) ذلك بالاستِبْراءِ، لكنّ هذا الاستِبْراءَ ليس بواجِبٍ بل هو مُسْتَحَبٌّ كاستِبْراءِ البائعِ.

ولو زوّجَها فوَلَدَتْ لأقلّ من سِتّةِ أشهرٍ فهو من المولى والنّكاحُ فاسِدٌ؛ لأنّه تبيّنَ أنّه زوّجَها وفي بَطْنِها ولدٌ ثابتُ النّسَب منه.

وإنْ ولدَتْ لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ فهو ولدُ الزّوجِ؛ لأنّ الزّوجَ له فِراشٌ، والولدُ للفِراشِ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ ولا فِراشَ للمولى لزوالِ فِراشِه بالنّكاحِ، فإنِ ادّعاه المولى وقال: هذا ابني لا يَثْبُتُ نَسَبُه منه لسَبْقِ ثُبوتِه من غيرِه، وهو الزّوجُ، فلا يُتَصوّرُ ثُبوتُه منه فلا تَصحُّ دَعْوَتُه لكنّه يعتِقُ عليه؛ لأنّه في ملكِه وقد أقرّ بحُرّيّتِه فيعتِقُ عليه، وإنْ لم يَثْبُتْ نَسَبُه منه كما إذا قال لعبدِه: هذا ابني، وهو معروفُ النّسَب من الغيرِ، ونَسَبُ ولدِ أُمِّ الولدِ يَثْبُتُ من المولى من غيرِ دَعْوةٍ [عندَ عَدَمِ الحُرّيّةِ، إلاّ إذا حُرِّمَتْ عليه حُرْمةً مُؤَبّدةً، فجاءَتْ بوَلَدٍ لسِتّةِ أشهرٍ من وقتِ الحُرْمةِ، أو زوّجَها فجاءَتْ بوَلَدٍ لسِتّةِ أشهرٍ من وقتِ التّزْويجِ فلا يَثْبُتُ نَسَبُه إلاّ بالدّعْوةِ، وإنّما قُلْنا إنّه يَثْبُتُ نَسَبُ ولدِها من المولى من غيرِ

(١) في المخطوط: «اليمين».
(٢) في المخطوط: «فإنه».
(٣) في المخطوط: «والاستكساب».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «اليمين».
(٦) في المخطوط: «لا».
(٧) في المخطوط: «عنه».
(٨) في المخطوط: «عن».

دَعْوةٍ عندَ عَدَمِ الحُرْمةِ المُؤَبّدةِ والنِّكاحِ؛ لأنّها صارتْ فِراشًا بثُبوتِ نَسَب ولدِها] (١)، والولدُ المولودُ على الفِراشِ يَثْبُتُ نَسَبُه من غيرِ دَعْوةٍ.

قال النّبيُّ ﷺ: «الوَلَدُ لِلفِرَاشِ» (٢) بخلافِ الأمةِ القِنّةِ أو المُدَبّرةِ؛ لأنّه (٣) لا يَثْبُتُ نَسَبُ ولدِها، وإنْ حَصّنَها المولى وطَلَب ولدَها بدونِ الدّعْوةِ عندَنا، فلا تَصيرُ فِراشًا بدونِ الدّعْوةِ، ثُمّ إنّما يَثْبُتُ نَسَبُ ولدِ أُمِّ الولدِ بدونِ الدّعْوةِ دونَ ولدِ القِنّةِ والمُدَبّرةِ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ ولدَ أُمِّ الولدِ من المولى؛ لأنّه لا يتحرّزُ عن الإعلاقِ، إذِ التّحرُّزُ لخَوْفِ فواتِ ماليّتِها وقد حَصَلَ ذلك منه، فالظّاهرُ أنْ لا يعزِلَ عنها بل يُعَلِّقُها فكان الولدُ منه من حيثُ الظّاهرُ فلا تَقَعُ الحاجةُ إلى الدّعْوةِ، بخلافِ القِنّةِ والمُدَبّرةُ، فإنّ هناك الظّاهرُ أنّه لا يُعَلِّقُها بل يعزِلُ عنها تَحَرُّزًا عن إتْلافِ الماليّةِ، فلا يُعْلَمُ أنّه منه إلاّ بالدّعْوةِ، فلا يَثْبُتُ النّسَبُ إلاّ بالدّعْوةِ، فهو الفرقُ - واللّه عزّ وجَلّ أعلَمُ -.

فإنْ صارتْ أُمُّ الولدِ مُحَرّمةً على المولى على التّأبيدِ بأنْ وطِئَها ابنُ المولى أو أبوه أو وطِئَ المولى أُمّها أو بنتَها فجاءَتْ بوَلَدٍ؛ لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ لم يَثْبُتْ نَسَبُ الولدِ الذي أتَتْ به بعدَ التّحريمِ من غيرِ دَعْوةٍ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه ما وطِئَها بعدَ الحُرْمةِ فكانت حُرْمةُ الوطْءِ كالنّفي دَلالةً، وإنِ ادّعى يَثْبُتِ النّسَبُ؛ لأنّ الحُرْمةَ لا تُزيلُ الملكَ.

وذَكَرَ القُدوريُّ في شرحِه (مُخْتَصَرَ الكَرْخيِّ) أصلاً فقال: إذا حُرِّمَتْ أُمُّ الولدِ بما يقطَعُ نِكاحَ الحُرّةِ ويُزيلُ فِراشَها مثلَ المسائلِ التي ذَكَرْنا لا يَثْبُتُ نَسَبُ ولدِها من مولاها إلاّ أنْ يَدّعيَه؛ لأنّ فِراشَ الزّوجةِ أقوَى من فِراشِ أُمِّ الولدِ، وهذه المعاني تقطَعُ فِراشَ الزّوجةِ، فلأنْ تقطَعَ فِراشَ أُمِّ الولدِ أولى.

وكذلك إذا زوّجَها فجاءَتْ بوَلَدٍ لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ؛ لأنّها صارتْ فِراشًا للزّوجِ فيَسْتَحيلُ أنْ تَصيرَ فِراشًا لغيرِه إلاّ أنّه إذا ادّعى يعتِقُ عليه، كما إذا قال لعبدِه وهو معروفُ النّسَبِ من الغيرِ: هذا ابني، وإنْ حُرِّمَتْ عليه بما لا يقطَعُ نِكاحَ الحُرّةِ ولا يُزيلُ فِراشَها مثلَ الحيضِ والنِّفاسِ والإحرامِ والصّوْمِ يَثْبُتُ نَسَبُ ولدِها منه؛ لأنّه تَحْريمٌ عارِضٌ لا يُغَيِّرُ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «لأنها».

حُكمَ الفِراشِ ثَمَّ، وللمولى أنْ يَنفيَ ولدَ أُمِّ الولدِ من غيرِ لعانٍ .

أمّا النّفيُ فلأنّه يملِكُ العزْلَ عنها بغيرِ رِضاها، فإذا أخبرَ عن ذلك فقد أخبرَ عمّا يملِكُ فكان مُصَدّقًا .

وأمّا النّفيُ من غيرِ لعانٍ فلأنّ فِراشَ أُمِّ الولدِ أضْعَفُ من فِراشِ الحُرّةِ وهذا أصلٌ يُذْكَرُ في كِتاب الدّعوى أنّ الفُرُش [١] ثلاثةٌ: قَويٌّ وضَعيفٌ ووَسَطٌ .

فالقويُّ: هو فِراشُ النّكاحِ حتّى يَثْبُتَ النّسَبُ فيه من غيرِ دَعْوةٍ ولا يَنْتَفي إلاّ باللِّعانِ .

والضّعيفُ: فِراشُ الأمةِ حتّى لا يَثْبُتُ النّسَبُ فيه من غيرِ دَعْوةٍ

والوسَطُ: فِراشُ أُمِّ الولدِ حتّى يَثْبُتَ النّسَبُ فيه من غيرِ دَعْوةٍ، ويَنْتَفي من غيرِ لعانٍ؛ لأنّه يحتملُ الانتِقال بالتّزْويجِ فيحتملُ الانتِفاءَ بالنّفي بخلافِ فِراشِ الزّوجِ .

ثُمّ إنّما يَنْتَفي بالنّفي إذا لم يقضِ به [٢/ ١٩٧ب] القاضي أو لم تَتَطاوَلِ المُدّةُ، فأمّا إذا قضَى القاضي به أو تَطاوَلَتِ المُدّةُ فلا يَنْتَفي به؛ لأنّه يتأكّدُ بقضاءِ القاضي فلا يحتملُ النّفيَ بعدَ ذلك وكذا تَطاوُلُ المُدّةِ من غيرِ ظُهورِ النّفي إقرارٌ منه دَلالةً، والنّسَبُ المُقَرُّ به لا يَنْتَفي بالنّفيِ ولم يُقَدِّرْ أبو حنيفةَ لتَطاوُلِ المُدّةِ تقديرًا، وأبو يوسُفَ ومحمّدٌ قَدّراه بمُدّةِ النِّفاسِ أربعينَ [٢] يومًا وقد ذَكَرْناه في كِتاب اللِّعانِ ووَلَدُ أُمِّ الولدِ من غيرِ مولاها بمنزلةِ الأُمِّ بأنْ زوّجَ أُمّ ولدِه فوَلَدَتْ ولدًا لستّةِ أشهرٍ فصاعِدًا من وقتِ التّزْويجِ؛ لأنّ الولدَ يَتْبَعُ الأُمّ في الرِّقِّ والحُرّيّةِ وقد ثَبَتَ حقُّ الحُرّيّةِ في الأُمِّ فيَسْري إلى الولدِ، فكان حُكمُه حُكمَ الأُمِّ في جميعِ الأحْكامِ .

هذا إذا استَوْلَدَ جاريةً في ملكِه فإنْ كان استَوْلَدَها [٣] في ملكِ غيرِه بنِكاحٍ حتّى يَثْبُتَ نَسَبُ ولدِها منه، ثُمّ مَلَكَها ولها ولدٌ من زوجٍ آخَرَ بأنِ استَوْلَدَها، ثُمّ فارَقَها فزوّجَها المولى من آخَرَ فجاءَتْ بوَلَدٍ ثُمّ مَلَكَها يومًا من الدّهْرِ ووَلَدَها، صارتِ الجاريةُ أُمّ ولدِه عندَ أصحابنا، ولا يصيرُ ولدُها ولدَ أُمِّ ولدٍ حتّى يجوزَ بيعُه في قولِ أصحابنا الثّلاثةِ .

وقال زُفَرُ: إذا مَلَكَ مَنْ ولدَتْه بعدَ ثُبوتِ نَسَب ولدِها منه، فهو ولدُ أُمِّ ولدِه يَثْبُتُ فيه حُكمُ الأُمِّ .

---

(١) في المخطوط: «الفراش».

(٢) في المخطوط: «أربعون».

(٣) في المخطوط: «استولد».

وجه قوله: (أنّ الاستيلادَ) (١) وإنْ كان في ملكِ الغيرِ لكنّه لَمّا مَلَكَها فقد صارتْ أُمّ ولدٍ عندَ أصحابنا، وإنّما (٢) صارتْ أُمّ ولدٍ بالعُلوقِ السّابقِ، والولدُ حَدَثَ بعدَ ذلك فيَحْدُثُ على وصفِ الأُمِّ، فإذا مَلَكَه يَثْبُتُ فيه الحُكمُ الذي يَثْبُتُ في الأُمِّ.

ولنا: أنّ الاستيلادَ في الأُمِّ وهو أُمّيّةُ الولدِ [شرعًا] (٣) إنّما تَثْبُتُ وقتَ ملكِ الأُمِّ، والولدُ مُنْفَصِلٌ في ذلك الوقتِ، والسِّرايةُ لا تَثْبُتُ في الولدِ المُنْفَصِلِ، ويتعلّقُ الدّيْنُ بكَسْبها لا برَقَبَتِها؛ لأنّها لا تقبَلُ البيعَ لما ذَكَرْنا وتَسْعَى في دُيونِها بالِغةً ما بَلَغَتْ؛ لأنّ الدّيْنَ عليها لا في رَقَبَتِها، وأرشُ جِنايَتِها على المولى وهو الأقَلُّ من قيمَتِها، ومن الأرشِ وليس على المولى إلاّ قدرُ قيمَتِها وإنْ كثُرَتِ الجِناياتُ كالمُدبّرِ، ويجوزُ إعتاقُها لما فيه من استعجالِ مقصودِها وهو الحُرّيّةُ.

ولو أعتَقَ المولى نصفَها يعتِقُ كُلُّها، وكذا إذا كانت مُشْتَرَكةً بين اثنَيْنِ فأعتَقَ أحدُهما نصيبَه عَتَقَ جميعُها لما ذَكَرْنا ولا ضَمانَ على المُعْتِقِ، ولا سِعايةَ عليها عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا ضَمِنَ لشريكِه، وإنْ كان مُعْسِرًا سَعَتْ في نصفِ قيمَتِها للشّريكِ الذي لم يُعْتِقْ.

ولو مات عن أُمِّ ولدٍ بينه وبين شريكِه عَتَقَ جميعُها ولا ضَمانَ عليه بالإجماعِ؛ لأنّه لا صُنْعَ له في الموتِ، ويقعُ الاختلافُ في السِّعايةِ، عندَ أبي حنيفةَ لا سِعايةَ عليها، وعندَهما عليها السِّعايةُ.

وعلى هذا الخلافِ الغصْبُ والقبْضُ في البيعِ الفاسِدِ، إنّها لا تُضْمَنُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما تُضْمَنُ، ولا خلافَ في المُدبّرةِ أنّها تُضْمَنُ بهذه الأسباب، ولقَبُ المسألةِ أنّ أُمّ الولدِ هل هي مُتَقَوّمةٌ من حيثُ إنّها مالٌ أم غيرُ مُتَقَوّمةٍ؟ عندَه غيرُ مُتَقَوّمةٍ من هذه الجهةِ، وعندَهما مُتَقَوّمةٌ.

وأجمَعوا على: أنّها مُتَقَوّمةٌ من حيثُ إنّها نفسٌ، ولا خلافَ في أنّ المُدبّرَ مُتَقَوّمٌ من حيثُ إنّه مالٌ، ورُبّما تُلَقّبُ المسألةُ بأنْ رِقّ أُمِّ الولدِ هل له قيمةٌ أم لا؟ ذَكَرَ محمّدٌ في الإملاءِ: أنّها تُضْمَنُ في الغصْب عندَ أبي حنيفةَ كما يُضْمَنُ الصّبيُّ الحُرُّ إذا غُصِبَ يعني إذا

---

(١) في المخطوط: «أنه».
(٢) في المخطوط: «ولما».
(٣) ليست في المخطوط.

مات عن سببٍ حادِثٍ بأنْ عَقره سَبُعٌ أو نَهَشَتْه حَيّةٌ أو نحوُ ذلك.

وجه قولِهما: أنّ أُمّ الولدِ مَمْلوكةٌ للمولى ولا [1] شَكّ، ولهذا يَحِلُّ له وطْؤُها وإجارَتُها واستخدامُها وكِتابَتُها، وملكُه فيها معصومٌ لأنّ الاستيلادَ [له] [2] لم يوجِبْ زوالَ العِصْمةِ، فكانت مَضْمونةً بالغصْب والإعتاقِ والقبْضِ في البيعِ الفاسِدِ كالمُدَبّرِ.

والدّليلُ على أنّ رِقّها مُتقَوّمٌ: أنّ أُمّ ولدِ النّصْرانيّ إذا أسلَمَتْ تخرُجُ إلى العتاقِ بالسِّعايةِ، فلولا أنّ ماليّتَها مُتَقوّمةٌ لَعَتَقَتْ مَجّانًا، ولم يكنْ للمولى أخذُ السِّعايةِ بَدَلاً عن ماليّتِها، وكذا يجوزُ للمولى أنْ يُكاتِبَها، والاعتياضُ إنّما يجوزُ عن مالٍ مُتَقوّمٍ، والدّليلُ عليه أنّها تُضْمَنُ بالقتلِ بالإجماعِ.

ولأبي حنيفة: قولُ النّبيّ ﷺ لمارية لَمّا ولدَتْ إبْراهيمَ عليه السلام «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» فظاهرُ الحديثِ يقتَضي ثُبوتَ العتقِ في الحالِ في حقِّ جميعِ الأحْكامِ، إلاّ أنّه خَصّ منه الاستمْتاعَ والاستخدامَ بالإجماعِ، ولا إجماعَ في التّقْويمِ، فكانت حُرّةً في حقِّ التّقْويمِ بظاهِرِ الحديثِ، وكذا سببُ العتقِ للحالِ [3] موجودٌ وهو ثُبوتُ نَسَبِ الولدِ؛ لأنّ ذلك يوجِبُ الاتّحادَ بين الواطِئِ [٢/ ١٩٨أ] والموطوءةِ ويَجْعَلهما نفسًا واحدةً، فقضيّتُه ثُبوتُ العتقِ للحالِ في جميعِ الأحْكامِ إلاّ أنّه لم يَظْهَرْ في سائرِ الأحْكامِ بالإجماعِ فيَظْهَرُ في حقِّ سُقوطِ التّقَوُّمِ بخلافِ المُدَبّرِ؛ لأنّ هناك السّبَبُ وهو التّدْبيرُ أُضيفَ (إلى ما) [4] بعدَ الموتِ؛ لأنّ التّدْبيرَ إثباتُ العتقِ عن دُبُرٍ إلاّ أنّه جُعِلَ سببًا للحالِ لضَرورةٍ ذَكَرْناها في بيعِ المُدَبّرِ والثّابتُ بالضّرورةِ يتقَيّدُ [5] بقدرِ الضّرورةِ والضّرورةُ في حُرْمةِ البيعِ لا في سُقوطِ التّقَوُّمِ، وههنا الأمرُ على القلْبِ من ذلك؛ لأنّ السّبَبَ يقتَضي الحُكمَ للحالِ، والتّأخيرُ على خلافِ الأصلِ، والدّليلُ على أنّها غيرُ مُتَقوّمةٍ من حيثُ إنّها مالٌ؛ لأنّها لا تَسْعَى لغَريمٍ ولا لوارِثٍ، ولو كانت مُتَقوّمةً من حيثُ إنّها مالٌ لَثَبَتَ للغَريمِ [حقٌّ] [6] فيها وللوارِثِ في ثُلُثِها، فيجبُ أنْ يَسْعَى في ذلك كالمُدَبّرِ، والسِّعايةُ مبنيّةٌ على هذا الأصلِ؛ لأنّ استِسْعاءَ العبدِ يكونُ بقيمَتِه، ولا قيمةَ لأُمِّ الولدِ فلا سِعايةَ عليها. وأمّا قولُه: إنّ ملكَ

---

(١) في المطبوع: «بلا».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في الحال».
(٤) في المخطوط: «إليها».
(٥) في المخطوط: «يتقدر».
(٦) ليست في المخطوط.

المولى فيها قائمٌ بعد الاستيلادِ، والعِصْمةُ قائمةٌ . فمُسَلّمٌ، لكنّ قيامَ الملكِ والعِصْمةِ لا يقتَضي التّقَوُّمَ كملكِ القِصاصِ وملكِ النّكاحِ وملكِ الخمْرِ وجِلْدِ الميْتةِ، وأمّا أُمُّ ولدِ النّصْرانيِّ إذا أسلَمَتْ فالجوابُ من وجهَيْنِ:

احدُهما: أنّها مُتَقَوّمةٌ في زَعْمِهم واعتِقادِهم، ونحنُ أُمِرْنا بتَرْكِهم وما يَدينونَ، فإذا دانوا تقويمَها يُتْرَكونَ وذلك، ولِذلك جُعِلَتْ خُمورُهم مُتَقَوِّمةً كذا هذا.

والثاني: أنّ أُمّ ولدِ النّصْرانيِّ إذا أسلَمَتْ تُجْعَلُ مُكاتَبةً للضّرورةِ إذْ لا يُمْكِنُ القولُ بعِتْقِها؛ لأنّ ملكَ الذِّمّيِّ ملكٌ مُحْتَرَمٌ فلا يجوزُ إبْطالُه عليه، ولا سبيلَ إلى إبْقائها على ملكِه يَسْتمتِعُ بها ويَسْتخدِمُها لما فيه من الاستِذْلالِ بالمسلمةِ، ولا وجهَ إلى دَفْعِ المذَلّةِ عنها بالبيعِ (من المسلم) [1] لخُروجِها بالاستيلادِ عن مَحَلّيّةِ البيعِ، فتُجْعَلَ مُكاتَبةً وضَمانُ الكِتابةِ ضَمانُ شرطٍ، ولأنّه لا يوقَفُ على كونِ ما يُقابلُه مالاً مُتَقَوّمًا كما في النّكاحِ والخُلْعِ ثُمّ إذا سَعَتْ تَسْعَى وهي رَقيقةٌ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ وعندَ [2] زُفَرَ تَسْعَى وهي حُرّةٌ.

وجه قوله: إنّ [في] [3] الاستِسْعاءِ استِذْلالاً بها وهذا لا يجوزُ.

ولنا: ما ذَكَرْنا أنّ في الحُكمِ بعِتْقِها إبْطالُ ملكِ الذِّمّيِّ عليه، وتَتَعَلّقُ دُيونُه [4] بذِمّةِ المُفْلِسِ، وملكُه معصومٌ، والاستِذْلالُ في الاستمْتاعِ والاستخدامِ لا في نفسِ الملكِ، ألا تَرَى أنّ أمةَ النّصْرانيِّ إذا أسلَمَتْ فكاتَبَها المولى لا تُجْبَرُ على البيعِ؟ وقد خرج الجوابُ عن الكِتابةِ، وإنّما ضُمِنَتْ بالقتلِ؛ لأنّ ضَمانَ القتلِ ضَمانُ الدّمِ والنّفسِ، وإنّها مُتَقَوّمةٌ من هذه الجِهةِ وما ذَكَرَ محمّدٌ في الإملاءِ عن أبي حنيفةَ فذلك ضَمانُ القتلِ؛ لأنّه إذا لم يَحْفَظْها حتّى هَلَكَتْ بسبب حادِثٍ، فقد تَسَبّبَ لقَتْلِها، وتجوزُ كِتابَتُها كما يجوزُ إعتاقُها لما فيه [5] من تعجيلِ العتقِ إليها، ولا تُشْكِلُ الكِتابةُ على أصلِ أبي حنيفةَ، أنّها مُعاوَضةٌ، ورِقُّ أُمّ الولدِ لا قيمةَ له، فلا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقّ المولى عليه عِوَضًا؛ لأنّ صحّةَ المُعاوَضةِ لا تَقِفُ على كونِ المُعَوّضِ مالاً أصلاً فضْلاً عن كونِه مُتَقَوّمًا كما في النّكاحِ والخُلْعِ .

---

(١) في المخطوط: «للمسلم».
(٢) في المخطوط: «وقال».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «دينه».
(٥) في المخطوط: «فيها».

فإنْ مات المولى قبل أنْ تُؤَدّيَ بَدَلَ الكِتابةِ عَتَقَتْ ولا شيءَ عليها، أمّا العتقُ فلأنّها كانت أُمّ ولدٍ، وقد مات مولاها، وأمّا العتقُ بغيرِ شيءٍ فلأنّ الكِتابةَ قد بَطَلَتْ؛ لأنّ الحُرّيّةَ تَوَجّهَتْ إليها من وجهَيْنِ: الاستيلادُ والكِتابةُ، فإذا ثَبَتَ العتقُ بأحدِهما بَطَلَ حُكمُ الآخَرِ، وكذا يجوزُ إعتاقُها على مالٍ وبيعُها نفسَها حتّى إذا قَبِلَتْ عَتَقَتْ والمالُ دَيْنٌ عليها؛ لأنّ الإعتاقَ على مالٍ من باب تعجيلِ الحُرّيّةِ، وَأمّا الذي يتعلّقُ بما بعدَ موتِ المولى فمنها عِتْقُها؛ [لأنّ عِتْقَها] [1] كان مُعَلّقًا شرعًا بموتِ المولى لما روي [عن] [2] عِكرِمة عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: قال رسولُ اللّه ﷺ: «**أيُّما رَجُلٍ وَلَدَتْ أَمَتُهُ مِنهُ فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ**» [3].

وقد رَوَيْنا عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ رسول اللّه ﷺ قال: حين ولدَتْ أُمُّ إبْراهيمَ عليه السلام: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» [4].

ومعلومٌ أنّه لا يَثْبُتُ حقيقةُ العتقِ في حالِ الحياةِ، فلو لم يَثْبُتْ بعدَ الموتِ لَتَعَطّلَ الحديثُ، ولأنّ سببَ ثُبوتِ العتقِ قد وُجِدَ وهو ثُبوتُ نَسَب الولدِ ولم يعمل في حالِ الحياةِ فلو لم يعملِ بعدَ الموتِ لَبَطَلَ [5] السّبَبُ، ويَسْتَوي فيه [الموتُ] [6] الحقيقيُّ والحُكميُّ بالرِّدّةِ واللُّحوقِ بدارِ الحرْب لما ذَكَرْنا في (كِتاب التّدْبيرِ).

وكذا الحرْبيُّ والمُسْتَأمَنُ إذا اشترى جاريةً في دارِ الإسلامِ واستَوْلَدَها ثُمّ يرجعُ إلى دارِ الحرْب فاستُرِقّ الحرْبيُّ عَتَقَتِ الجاريةُ لما ذَكَرْنا في المُدَبّرِ، وكذا يعتِقُ ولدُها الذي ليس [٢/ ١٩٨ب] من مولاها إذْ سَرَتْ أُموميّةُ الولدِ إليها على ما بيّنّا؛ لأنّ الولدَ يَتْبَعُ الأُمّ في الرِّقّ والحُرّيّةِ.

ومنها: أنّها تعتِقُ من جميعِ المالِ ولا تَسْعَى للوارثِ ولا للغَريمِ بخلافِ المُدَبّرةِ لما

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ضعيف: رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: أمهات الأولاد، حديث (٢٥١٥)، قال البوصيري (٣/ ٩٧): هذا إسناد ضعيف، حسين بن عبد الله بن عبيد الله الهاشمي، تركه علي بن المديني، وأحمد بن حنبل، والنسائي، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة. وقال البخاري: يقال إنه كان يتهم بالزندقة، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٦)، حديث (٢١٥٧٠)، والدارقطني (٤/ ١٣٠)، حديث (١٨).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «لتعطل».
(٦) ليست في المخطوط.

رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «أمُّ الوَلَدِ لَا تُباعُ وَلَا تُوهَبُ» (١) وهي حُرّةٌ من جميعِ المالِ وهذا نصٌّ. ورَوَيْنا عن سَعيدِ بنِ المُسَيِّب أنّه قال: أمر رسولُ اللّه ﷺ بعِتْقِ أُمّهاتِ الأولادِ من غيرِ الثُّلُثِ، و[أن] (٢) لا يُبَعْنَ في دَيْنٍ (٣) و[أن] (٤) لا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ.

وفي بعضِ الرِّواياتِ: ولا يُجْعَلْنَ في الثُّلُثِ ولا يُسْتَسْعَيْنَ في دَيْنٍ. وفي بعضِها: أمر رسولُ اللّه ﷺ بعِتْقِ أُمّهاتِ الأولادِ من غيرِ الثُّلُثِ ولا يُبَعْنَ في دَيْنٍ (٥).

ولأنّ سببَ ثُبوتِ حُرّيّةِ أُمِّ الولدِ هو ثُبوتُ نَسَب الولدِ وحرية النّسَبُ لا يجامعها (٦) السِّعايةُ، كذا حُرّيّةُ الاستيلادِ ومنها أنّ ولاءَها للمولى؛ لأنّ الإعتاقَ (٧) منه لما بيّنّا.

فصل [فيما يظهر به الاستيلاد]

وَأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به الاستيلادُ، فظُهورُه بإقرارِ المولى، ثُمّ إنْ أقَرّ به في حالِ الصِّحّةِ أنّ هذه الجاريةَ قد ولدَتْ منه فقد صارتْ أمّ ولدِه سَواءٌ كان معها ولدٌ أو لم يكنْ؛ لأنّ الإقرارَ في حالِ الصِّحّةِ لا تُهْمةَ فيه فيصحُّ [سَواءٌ كان معها ولدٌ أو لم يكنْ] (٨)، ولهذا لو أعتقَها في الصِّحّةِ يُعْتَبَرُ من جميعِ المالِ.

وإنْ كان الإقرارُ به في مَرَضِ موتِه، فإنْ كان معها ولدٌ صارتْ أمّ ولدِه أيضًا وتعتِقُ (٩) من جميعِ المالِ إذا ماتَ المولى؛ لأنّ كونَ الولدِ معها دَليلُ الاستيلادِ فكان الظّاهرُ شاهدًا له فيصحُّ إقرارُه، ولأنّ النسب من الحوائجِ الأصليّةِ، وتَصَرُّفُ المريضِ [في] (١٠) مَرَضِ الموتِ فيما يَحْتاجُ إليه حاجةٌ أصليّةٌ نافِذٌ كشراءِ الطّعامِ والكِسْوةِ ونحوِ ذلك.

وإنْ لم يكنْ معها ولدٌ عَتَقَتْ من الثُّلُثِ؛ لأنّه مُتّهَمٌ في إقرارِه في حقِّ سائرِ الورَثةِ، ولم يوجدْ ما يَنْفي التُّهْمةَ وهو الولدُ وكذا إذا لم يكنْ معها ولدٌ لا تحتاجُ إلى النسب فيصيرَ قولُه: هذه أمُّ ولدي كقولِه هذه حُرّةٌ بعدَ موتي فتعتِقُ بعدَ موتِه من الثُّلُثِ.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الدين».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ٣٤٤)، برقم (٢١٥٦٠)، من غير وجه عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب به.
(٦) في المطبوع: «تجامعها».
(٧) في المخطوط: «إعتاقها».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «وعتقت».
(١٠) ليست في المخطوط.

كتاب المكاتب



كِتاب المُكاتَب[١]

الكلامُ في هذا الكِتاب يقعُ في مواضِعَ في بيانِ جَوازِ المُكاتَبةِ، وفي بيانِ رُكنِ المُكاتَبةِ، وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ، وفي بيانِ ما يملِكُه المُكاتَبُ من التّصرُّفاتِ وما لا يملِكُه، وفي بيانِ ما يملِكُه المولى من التّصرُّفِ في المُكاتَب وما لا يملِكُه، وفي بيانِ صِفةِ المُكاتَبةِ، وفي بيانِ حُكمِ المُكاتَبةِ، وفي بيانِ ما تَنْفَسِخُ به المُكاتَبةُ.

أمّا الأوّل: فالقياسُ: أنْ لا تجوزَ المُكاتَبةُ لما فيها من إيجاب الدّيْنِ للمولى على عبدِه، وليس [يجبُ][٢] للمولى على عبدِه دَيْنٌ، وفي الاستِحْسانِ جائزٌ بالكِتاب والسُّنّةِ وإجماعِ الأُمّةِ.

أمّا الكِتابُ فقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣] وأدنى دَرَجاتِ الأمرِ النّدْبُ، فكانتِ الكِتابةُ مَندوبًا إليها فضْلاً عن الجوازِ، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣] أي رَغْبةً في إقامةِ الفرائضِ، وقيلَ: وفاءً لأمانةِ الكِتابةِ، وقيلَ: حِرْفةً.

ورُوِيَ هذا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال في تفسير قولِه عَزّ وجَلّ: ﴿خَيْرًا﴾ أي: حِرْفةً ولا تُرْسِلوهم كِلابًا على النّاسِ.

وأمّا السُّنّةُ: فما رَوَى محمّدُ بنُ الحسَنِ بإسنادِه عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «أَيّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا كُلَّهَا إلّا عَشْرَ أَوَاقٍ فَهُوَ رَقِيقٌ»[٣].

---

(١) المكاتبة في اللغة: مصدر كاتب وهي مفاعلة، والأصل في باب المفاعلة أن يكون من اثنين فصاعدًا. يقال: كاتب كتابًا ومكاتبة، وهي معاقدة بين العبد وسيده، يكاتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم، ويكتب العبد عليه أنه معتق إذا أدى النجوم. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. قال ابن حجر: المكاتبة تعليق عتق بصفة على معاوضة مخصوصة. انظر الموسوعة الفقهية (٣٨/ ٣٦٠).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) رواه أبو داود، كتاب العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، حديث (٣٩٢٧)،

وقال ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» (١).

ورُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها كاتَبَتْ بَريرةَ بحَضْرةِ النّبيِّ ﷺ ولم يُنْكِرْ عليها وعليه إجماعُ الأُمّةِ، وبه (٢) تَبيّنَ أنّ قول داوُد بنِ عَليٍّ الأصفَهانيِّ أنّ الكِتابةَ واجِبةٌ قولٌ مُخالِفٌ للإجماعِ، وإنْ تَعلُّقَه بظاهرِ الأمرِ لا يصحُّ؛ لأنّ الأُمّةَ من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا يَتْرُكونَ مَماليكَهم بعدَ موتِهم ميراثًا لوَرَثَتِهم من غيرِ نَكيرٍ، فعُلِمَ أنْ ليس المُرادُ من هذا الأمرِ الوجوبَ.

وأمّا الجوابُ عن وجه القياسِ إنّ المولى لا يجبُ له على عبدِه دَيْنٌ. فهذا على الإطلاقِ مَمْنوعٌ، وإنّما نُسَلِّمُ ذلك في العبدِ القِنِّ لا في المُكاتَب والمُسْتَسْعَى؛ لأنّ كسْبَ القِنِّ ملكُ المولى، وكَسْبَ المُكاتَب والمُسْتَسْعَى ملكُهما لا حقّ للمولى فيه؛ فكان المولى كالأجنَبيِّ عن (كسْب المُكاتَب) (٣)، فأمكَنَ إيجابُ الدّيْنِ للمولى عليه.

فَصْلٌ [في ركن المكاتبة]

وأمّا رُكنُ المُكاتَبةِ فهو: الإيجابُ من المولى والقبولُ من المُكاتَب أمّا الإيجابُ: فهو اللّفْظُ الدّالُ على المُكاتَبةِ، نحوَ قولِ المولى لعبدِه: كاتَبْتُك على كذا، سَواءٌ ذَكَرَ فيه حَرْفَ التّعليقِ بأنْ يقول [فيه] (٤): على أنّك إنْ أدّيْت إلَيّ فأنتَ حُرٌّ أو لم يُذْكَرْ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ [٢/ ١٩٩أ]: لا يتحقّقُ الرُّكنُ بدونِ حَرْفِ التّعليقِ، وهو أنْ يقول: كاتَبْتُك على كذا على أنّك إنْ أدّيْت إلَيّ فأنتَ حُرٌّ، بناءً على أنّ معنى المُعاوَضةِ أصلٌ في الكِتابةِ، ومعنى التّعليقِ فيها ثابتٌ عندَنا، والعتقُ عندَه الأداءُ يَثْبُتُ من حيثُ المُعاوَضة لا

والترمذي، حديث (١٢٦٠)، وابن ماجه، حديث (٢٥١٩)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٢٣)، حديث (٢١٤٢٥). وانظر: نصب الراية (٤/ ١٤٢)، وقد حسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، وصحيح الجامع (٢٧٣٥).

(١) رواه أبو داود، كتاب العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، حديث (٣٩٢٦)، والترمذي، حديث (١٢٦٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٢٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ١١١)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/ ٣٠٣)، حديث (١٣٨٦)، وانظر: الدراية (٢/ ١٩١)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٦)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٤٦٢)، ونصب الراية (٤/ ١٤٣)، والإرواء (١٦٧٤)، وقد حسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، وصحيح الجامع (٦٧٢٢).

(٢) في المخطوط: «وبهذا».

(٣) في المخطوط: «الكسب».

(٤) زيادة من المخطوط.

من حيثُ التّعليق بالشّرطِ، وعندَه معنى التّعليقِ فيها أصلٌ أيضًا، والعتقُ ثَبَتَ [(١)] من حيثُ التّعليق فلا بُدّ من حَرْفِ التّعليقِ، وما قُلْناه أولى بدَليلِ أنّه لو أبْرأه عن بَدَلِ الكِتابةِ يعتِقُ، ولو كان ثُبوتُ العتقِ فيها من طريقِ التّعليقِ بالشّرطِ لَما عَتَقَ لعَدَمِ الشّرطِ، وهو الأداءُ.

وكذا لو قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ على ألفٍ تُؤدّيها إلَيّ نُجومًا في كُلِّ شهرٍ كذا فقَبلَ أو قال: إذا أدّيْت لي ألفَ درهم كُلّ شهرٍ منها كذا فأنتَ حُرٌّ. فقبلَ أو قال: جَعَلْت عليك ألفَ درهم تُؤدّيها إلَيّ نُجومًا كُلّ نَجْم كذا، فإذا أدّيْت فأنتَ حُرٌّ، وإنْ عَجَزْت فأنتَ رَقيقٌ وقَبلَ و [(٢)] نحوَ ذلك من الألفاظِ؛ لأنّ العِبْرَةَ في العُقودِ إلى المعاني لا للألفاظِ.

وأمّا القبولُ فهو أنْ يقول العبدُ: قَبلْت أو رَضيت، و [(٣)] ما أشبَهَ ذلك فإذا وُجِدَ الإيجابُ والقبولُ فقد تَمّ الرُّكنُ ثُمّ الحاجةُ إلى الرُّكنِ فيمَنْ يَثْبُت حُكمُ العقدِ فيه مقصودًا لا تبَعًا؛ كالولدِ المولودِ في الكِتابةِ والولدِ المُشْتَرَى والوالِدَيْنِ على ما نَذْكُرُ؛ لأنّ الاتّباع كما لا يُفْرَدُ بالشُّروطِ [(٤)] لا يُفْرَدُ بالأركانِ لما فيه من قَلْب الحقيقةِ، وهو جَعْلُ التّبَعِ مَتْبوعًا وهذا لا يجوزُ.

فَصْلٌ [في شروط الركن]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ فأنواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى المولى، وبعضُها يرجعُ إلى المُكاتَب، وبعضُها يرجعُ إلى بَدَلِ الكِتابةِ، وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ الرُّكنِ ثُمّ بعضُها شرطُ الانعِقادِ، وبعضُها شرطُ النّفاذِ، وبعضُها شرطُ الصِّحّةِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى المولى:

فمنها: العقلُ، وأنّه شرطُ الانعِقادِ، فلا تَنْعَقِدُ المُكاتَبةُ من الصّبيِّ الذي لا يعقِلُ والمجنونِ.

ومنها: البُلوغُ وهي شرطُ النّفاذِ [(٥)] حتّى لا تَنْفُذَ الكِتابةُ من الصّبيِّ العاقِلِ، وإنْ كان حُرًّا [أو] [(٦)] مأذونًا في التِّجارةِ من قِبَلِ المولى أو الوصيِّ؛ لأنّ المُكاتَبةَ ليستْ بتِجارةٍ إذِ التِّجارةُ

---

(١) في المخطوط: «يثبت».
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «أو».
(٤) في المخطوط: «بالشرط».
(٥) في المخطوط: «الانعقاد أيضًا».
(٦) ليست في المخطوط.

مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، والمُكاتَبةُ ليستْ كذلك، وليستْ من تَوابعِ التِّجارةِ ولا من ضَروراتِها، ولهذا لا يملِكُها العبدُ المأذونُ، والشّريكُ شرِكةَ العِنانِ لما قُلْنا، وله أنْ يُكاتِبَ عبدَه بإذنِ أبيه أو وصيِّه لأنّ الأبَ والوصيّ يملِكانِ العقدَ بأنْفُسِهما فيملِكانِ الإذنَ به للصّبيِّ إذا كان عاقِلاً .

ومنها: الملكُ والوِلايةُ، وهذا من شرائط النفاذ؛ لأنّ المُكاتَبةَ فيها معنى المُعاوَضةِ والتّعليقِ، وكُلُّ واحدٍ منهما عندَ الانفِرادِ لا يصحُّ بدونِ الملكِ والوِلايةِ فكذا عندَ الاجتماعِ، فلا تَنفُذُ المُكاتَبةُ من الفُضوليّ لانعِدامِ الملكِ والوِلايةِ، وتَنفُذُ من الوكيلِ؛ لأنّه نائبُ الموَكِّلِ فكان تَصَرُّفُه تَصَرُّفَ الموَكِّلِ، وكذا من الأب والوصيِّ استِحْسانًا والقياسُ أنْ لا تَنفُذَ.

وجه القياسِ: أنّ المُكاتَبةَ تَصَرُّفٌ يُفْضي إلى العتقِ، وهما لا يملِكانِ الإعتاقَ لا بغيرِ بَدَلٍ ولا ببَدَلٍ كالإعتاقِ على مالٍ، وبيعِ نفسِ العبدِ منه.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُكاتَبةَ من باب اكتِساب المالِ، ولهما وِلايةُ اكتِساب المالِ كالبيعِ والإجارةِ بخلافِ الإعتاقِ على مالٍ وبيعِ نفسِ العبدِ منه؛ لأنّ ذلك ليس من باب الاكتِساب بل هو من باب الإعتاقِ [1]؛ لأنّ العبدَ يعتِقُ بنفسِ القبولِ فيَبْقَى المالُ دَيْنًا في ذِمّةِ المُفْلِسِ، فإنْ أقَرّ الأبُ أو الوصيُّ بقَبْضِ بَدَلِ الكِتابة، فإنْ كانتِ الكِتابةُ معروفةً ظاهرةً بمحضَرِ الشُّهودِ يُصَدّقْ ويعتِقِ المكاتِبُ؛ لأنّه أمينٌ في قَبْضِ الكِتابةِ، فكان مُصَدّقًا؛ كالوكيلِ بالبيعِ إذا باعَ ثُمّ أقَرّ بقَبْضِ الثّمَنِ، وإنْ لم تَكُنْ معروفةً لم يَجز إقرارُه، ولا يعتِقُ العبدُ؛ لأنّ الكِتابةَ إذا لم تَكُنْ ظاهرةً كان ذلك منه إقرارًا بالعتقِ، وإقرارُ الأب (أو الوصيّ) [2] بعِتْقِ عبدِ اليتيم [3] لا يجوزُ، وإذا كانتِ الكِتابةُ ظاهرةً كان ذلك منه إقرارًا باستيفاءِ الدّيْنِ، فيصحُّ إقرارُه.

ولو كاتَبَ الأبُ أو الوصيُّ ثُمّ أدرَكَ الصّبيُّ فلم يَرْضَ بالكِتابةِ فالمُكاتَبةُ ماضيةٌ إلاّ أنّه ليس للوَصيِّ ولا للأب أنْ يقبضَ بَدَلَ الكِتابةِ؛ لأنّه إنّما كان يملِكُ القبْضَ بوِلايَتِه لا بمُباشرةِ العقدِ؛ لأنّ حُقوقَ العقدِ في المُكاتَبةِ يرجعُ إلى مَنْ عُقِدَ له لا إلى العاقِدِ، وقد زالَتْ وِلايَتُه بالبُلوغِ، بخلافِ الوصيِّ إذا باعَ شيئًا ثُمّ أدرَكَ اليتيمُ أنّ له أنْ يقبضَ؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «الإتلاف».

(٢) في المخطوط: «والوصي».

(٣) في المخطوط: «الصبي».

حُقوقَ البيعِ ترجع إليه وكُلّ عقدٍ هو مُبادَلةُ المالِ بالمالِ يرجعُ إلى العاقِدِ، هذا إذا كانتِ الورَثةُ صِغارًا، فإنْ كانوا كِبارًا لا يجوزُ للوَصيِّ أنْ يُكاتِبَ ولا للأب؛ لزوالِ ولايَتِهما بالبُلوغِ سَواءٌ كانوا حُضورًا [٢/ ١٩٩ب] أو غُيّبًا؛ لأنّ الموجِبَ لزوالِ الوِلايةِ لا يختلِفُ، وهذا بخلافِ البيعِ؛ لأنّ (١) الوارِثَ الكبيرَ إذا كان غائبًا أنّ للأب والوصيِّ أنْ يَبيعَ المنقول؛ لأنّ بيعَ المنقولِ من باب الحِفْظِ؛ لأنّ حِفْظَ ثَمَنِه أيسَرُ من حِفْظِ عَيْنِه، ولهما وِلايةُ الحِفْظِ وليس في الكِتابةِ حِفْظٌ فلا يملِكانِها (٢).

وإنْ كانت الورَثةُ صِغارًا و (٣) كِبارًا ذَكَرَ في الأصلِ أنّه لا يجوزُ.

ثُمّ اختلِفَ في هذا الإطلاقِ قال بعضُهم: معناه أنّه لا يجوزُ في نصيب الكِبارِ وأمّا في نصيب الصِّغارِ فجائزٌ.

وقال بعضُهم: معناه أنّه لا يجوزُ في نصيب الكِبارِ والصِّغارِ جميعًا؛ لأنّه إذا لم يَجز في نصيب الكِبارِ لم يكنْ في جَوازِه في نصيب الصِّغارِ فائدةٌ؛ لأنّ لهم أنْ يَفْسَخوا العقدَ وصار [هذا] (٤) كعبدٍ بين اثنَيْنِ أنّه يُمْنَعُ أحدُهما عن [كِتابةِ] (٥) نصيبه إلاّ برِضا شريكِه؛ لأنّه لو فعَلَ بغيرِ إذنِ شريكِه كان لشريكِه أنْ يَفْسَخَ فلم يكنْ فيه فائدةٌ كذا هذا.

ولو كان على الميِّتِ دَيْنٌ فكاتَبَ الوصيُّ عبدَه من تَرِكَتِه لم يَجز كذا ذَكَرَ في الأصلِ ولم يَفْصِلْ بين ما إذا كان الدّيْنُ (٦) مُحيطًا بالتّرِكةِ وبين ما إذا لم يكنْ مُحيطًا بها، منهم مَنْ أجرَى المذكورَ في الأصلِ على إطلاقِه وقال: لا تجوزُ مُكاتَبَتُه، سَواءٌ كان الدّيْنُ مُحيطًا بالتّرِكةِ أو لم يكنْ أمّا إذا كان مُحيطًا بالتّرِكةِ فلأنّ حقّ الغرَماءِ يكونُ مُتَعَلِّقًا بها، والمُكاتَبةُ تَتَضَمّنُ إبْطالَ حقِّهم؛ لأنّها لو صَحّتْ لَصارتْ حُقوقُهم مُنَجّمةً مُؤَجّلةً، وحُقوقُهم مُعَجّلةٌ فلا يملِكُ تَأجيلَها بالكِتابةِ، وإنْ كان غيرَ مُحيطٍ بالتّرِكةِ فكذلك؛ لأنّ ذلك القدرَ من الدّيْنِ يتعَلّقُ بالتّرِكةِ مُطْلَقًا وتَبْطُلُ الكِتابةُ؛ لأنّ ذلك القدرَ من الدّيْنِ يتأجّلُ تَسْليمُه فيتضَرّرُ (٧) به الغريمُ إلاّ أنْ يَختارَ استيفاءَه من غيرِها فيجوزُ؛ لأنّ عَدَمَ الجوازِ لحقِّ الغريمِ، فإذا استَوْفَى من مَحَلٍّ آخَرَ فقد زالَ حقُّه فزالَ المانِعُ بين الجوازِ.

---

(١) في المخطوط: «أن».

(٢) في المخطوط: «يملكها».

(٣) في المخطوط: «أو».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «المدين».

(٧) في المخطوط: «ليتضرر».

وذَكَرَ القُدوريُّ أنّ المسألةَ محمولةٌ على ما إذا كان الدين محيطًا بالتركة بأن لم يكن للمَيِّتِ [مال] (١) غيرُ العبدِ [أو غيرُ القدرِ الذي يقضي به الدّيْنَ . فأمّا إذا لم يكنِ الدّيْنُ مُحيطًا بالتّرِكةِ يجوزُ له ذلك] (٢) ؛ لأنّه إذا كان هناك مالٌ آخَرُ يقضي به الدّيْنَ فحقُّ الغرَماءِ لا يتعَلّقُ بعَيْنِ (٣) العبدِ ؛ لأنّ التّعليقَ بحاجَتِهم إلى استيفاءِ دينِهم ، وأنّه يَحْصُلُ بدونِه ؛ لأنّه لو تَعَلّقَ قَليلُ الدّيْنِ بجملةِ التّرِكةِ لأدّى إلى الحرَجِ ؛ لأنّ التّرِكةَ قَلّما (٤) تخلو عن قَليلِ الدّيْنِ ولا يجوزُ لأحدِ الوصيّيْنِ أنْ يُكاتِبَ بغيرِ إذنِ صاحِبه في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ ويجوزُ في قولِ أبي يوسُفَ .

وأصلُ المسألةِ أنّه هل لأحدِ الوصيّيْنِ أنْ يتصَرّفَ في مال اليتيمِ بغيرِ إذنِ صاحِبه؟ فهو على الخلافِ الذي ذَكَرْنا ، وهي من مسائلِ (كِتاب الوصايا) .

ولِوَصيِّ الوصيِّ أنْ يُكاتِبَ لأنّه قائمٌ مقامَ الوصيِّ وسَواءٌ كان المَمْلوكُ محجورًا أو مأذونًا بالتِّجارةِ وعليه دَيْنٌ أو لا دَيْنَ عليه ؛ لأنّ الدّيْنَ لا يوجِبُ زوالَ الملكِ عنه ، فتَنْفُذُ المُكاتَبةُ إلاّ أنّه إذا كان عليه دَيْنٌ مُحيطٌ أو غيرُ مُحيطٍ فللغرَماءِ أنْ يَرُدّوا المُكاتَبةَ ؛ لأنّ لهم حقّ (استيفاء الدين) (٥) من رَقَبَتِه ، وهو بالمُكاتَبةِ أرادَ إبْطالَ حقِّهم فكان لهم أنْ يَنْقُضوا كما لو باعَه وعليه دَيْنٌ مُحيطٌ أو غيرُ مُحيطٍ أنّ البيعَ يَنْفُذُ لكنْ للغرَماءِ أنْ يَنْقُضوا إلاّ إذا كان قضَى المولى (٦) دَيْنَهم من مالٍ آخَرَ قبل أنْ يَنْقُضوا ، فليس لهم أنْ يَنْقُضوا ، ومَضَتِ المُكاتَبةُ ؛ لأنّها وقَعَتْ جائزةً لوُقوعِها في الملكِ إلاّ أنّه كان للغرَماءِ النّقْضُ (٧) لقيامِ حقِّهم فإذا قضَى دَيْنَهم فقد زالَ حقُّهم فبقيَتْ جائزةً ، ولا يرجِعُ المولى بما قضَى من الدّيْنِ على المُكاتَبِ ؛ لأنّه بقضاءِ الدّيْنِ أصلَحَ مُكاتَبَتَه فكان عامِلاً لنفسِه .

وكذا لو أبَى المولى أنْ يُؤَدّيَ (٨) الدّيْنَ ، وأدّاه الغُلامُ عاجِلاً مَضَتِ المُكاتَبةُ لما قُلْنا ، ولا يرجِعُ المولى على العبد بما أدّى لما قُلْنا ، فإنْ كان المولى أخذ البدَلَ ثُمّ عَلِمَ الغرَماءُ [بذلك] (٩) فلَهم أنْ يأخُذوا من المولى ما أخذ من بَدَلِ الكِتابةِ ؛ لأنّه كسْبُ العبدِ المديونِ

---

(١) زيادة من المخطوط .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «بنفس» .
(٤) في المخطوط : «لا» .
(٥) في المطبوع : «الاستيفاء» .
(٦) في المخطوط : «المال» .
(٧) في المخطوط : «القبض» .
(٨) في المخطوط : «يقضي» .
(٩) ليست في المخطوط .

وأنّه يُؤْخَذُ من المولى، و[أن] (١) العتقَ واقعٌ إمّا من طريقِ المُعاوَضةِ لسَلامةِ العِوَضِ للمولى، وإمّا من طريقِ التّعليقِ بالشّرطِ لوجودِ الشّرطِ وهو أداءُ بَدَلِ الكِتابةِ، والعتقُ بعدَ وُقوعِه لا يحتملُ النّقْضَ فإنْ بقيَ من دَيْنِهم شيءٌ كان لهم أنْ يُضمِّنوا المولى قيمَتَه؛ لأنّه أبْطَلَ حقَّهم في قدرِ قيمةِ العبدِ حيثُ مَنَعَهم عن بيعِه بوُقوعِ العتقِ، ولهم أنْ يَبيعوا العبدَ ببقيّةِ دَيْنِهم؛ لأنّ الدّيْنَ كان ثابتًا في ذِمّتِه مُتَعَلِّقًا برَقَبَتِه وقد بَطَلَتِ الرّقَبةُ بالحُرّيّةِ فبقيَتِ الذِّمّةُ، فكان لهم أنْ يَبيعوه ولا يرجعُ المولى على العبدِ بما أخذ منه من بَدَلِ الكِتابةِ؛ لأنّ المولى حين كاتَبَه كانت رَقَبَتُه مشغولةً بالدّيْنِ فكانت مُكاتَبَتُه إيّاه مع علمِه أنّ الغرَماءَ أحقُّ منه بكَسْبه دَلالةَ الرِّضا بما أخذ منه.

ولو كان العبدُ [٢/ ٢٠٠أ] مرهونًا أو مُؤاجَرًا فكاتَبَه، وقَفَتِ المُكاتَبةُ على إجازةِ المُرْتَهِنِ والمُسْتَأجِرِ، فإنْ أجازا جاز، وإنْ فسَخا هل تَنْفَسِخُ بفسخِهما؟ فهو على ما نَذْكُرُ في كتاب البُيوعِ والإجاراتِ إنْ شاء اللّه تعالى.

وسَواءٌ كان المملوكُ قِنًّا أو غيرَه، حتّى لو كاتب مُدَبّرةً أو أُمّ ولدٍ، جازَتِ المُكاتَبةُ لقيامِ الملكِ، إذِ التّدْبيرُ والاستيلادُ لا يُزيلانِ الملكَ وهما من باب استعجالِ الحُرّيّةِ فإنْ أدّيا وعَتَقا فقد مضى الأمرُ، وإنْ مات المولى قبل الأداءِ عَتَقا [أيضًا ولا شيء عليهما] (٢)؛ لأنّهما يعتِقانِ بموتِ السّيِّدِ هذا إذا كانا يَخْرُجانِ من الثُّلُثِ فإنْ كانا لا يَخْرُجانِ من الثُّلُثِ فأُمُّ الولدِ تعتِقُ من غيرِ اعتِبارِ الثُّلُثِ ولا تَسْعَى.

وأمّا المُدَبّرُ فلَه الخيارُ في قولِ أبي حنيفةَ إنْ شاء سَعَى في جميعِ الكِتابةِ وإنْ شاء سَعَى في ثُلُثَي القيمةِ، إذا كان لا مالَ له غيرُه، فإنِ اختارَ الكِتابةَ سَعَى على النُّجوم، وإنِ اختارَ السِّعايةَ في ثُلُثَيْ قيمَتِه يَسْعَى حالاً، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا خيارَ له، لكنْ عندَ أبي يوسُفَ يَسْعَى في الأقَلِّ من جميعِ الكِتابةِ ومن ثُلُثَي القيمةِ، وعندَ محمّدٍ يَسْعَى في الأقَلِّ من ثُلُثَي الكِتابةِ ومن ثُلُثَي القيمةِ وقد ذَكَرْنا المسألةَ في كِتاب الاستيلادِ.

ومنها: الرِّضا وهو من شرائطِ الصِّحّةِ فلا تَصِحُّ المُكاتَبةُ مع الإكراه والهَزْلِ والخطَأ؛ لأنّها من التّصرُّفاتِ التي تحتَمِلُ الفسخَ فيُفْسِدُها الكُرْه والهَزْلُ والخطَأُ؛ كالبيعِ ونحوِه.

وَأمّا حُرّيّةُ المُكاتَب فليستْ من شرائطِ جَوازِ المُكاتَبةِ، فتَصِحُّ مُكاتَبةُ المُكاتَب لما

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) زيادة من المخطوط.

نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وكذا إسلامُه فتجوزُ مُكاتَبةُ الذِّمّيِّ عبدَه الكافرَ؛ لقولِه ﷺ «فَإِذا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ» [(١)] وللمسلمينَ أنْ يُكاتِبوا عَبيدَهم، فكذا لأهلِ الذِّمّةِ، ولأنّ المُكاتَبةَ مُشْتَمِلةٌ على معنى المُعاوَضةِ والتّعليقِ، وكُلُّ واحدٍ منهما يملِكُه الذِّمّيُّ حالةَ الانفِرادِ، وكذا عندَ الاجتماعِ، والذِّمّيُّ إذا ابتاعَ عبدًا مسلمًا فكاتَبَه فهو جائزٌ، وهذا فرعُ أصلِنا في شراءِ الكافرِ العبدَ المسلمَ أنّه جائزٌ إلاّ أنّه يُجْبَرُ على بيعِه صيانةً له عن الاستِذْلالِ باستخدامِ الكافرِ إيّاه، والصّيانةُ تَحْصُلُ بالكِتابةِ لزوالِ وِلايةِ الاستخدامِ بزوالِ يَدِه عنه بالمُكاتَبةِ، وَأمّا مُكاتَبةُ المُرْتَدِّ فموقوفةٌ في قولِ أبي حنيفةَ، فإنْ قُتِلَ أو مات على الرِّدّةِ أو لَحِقَ بدارِ الحرْب بَطَلَتْ، وإنْ أسلَمَ نَفَذَتْ، وعندَهما هي نافِذةٌ وهي من مسائلِ السِّيَرِ، واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

فَصْلٌ [في شروط الركن الراجعة إلى المكاتبة]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المُكاتَبةِ فأنواعٌ أيضًا:

منها: أنْ لا يكونَ فيه خَطرُ العدَمِ وقتَ المُكاتَبةِ، وهو شرطُ الانعِقادِ، حتّى لو كاتَبَ ما في بَطْنِ جاريَتِه لم يَنْعَقِدْ؛ لنَهْيِ النّبيِّ ﷺ عن بيعٍ فيه غَرَرٌ والمُكاتَبةُ فيها معنى البيعِ.

ومنها: أنْ يكونَ عاقِلاً، وهو من شرائطِ الانعِقادِ حتّى لو كاتَبَ الرجل عبدًا [له] [(٢)] مجنونًا أو صَغيرًا لا يعقِلُ لا تَنْعَقِدُ مُكاتَبتُه لأنّ القبول أحدُ شَطْرَيِ الرُّكنِ، وأهليّةُ القبولِ لا تَثْبُتُ بدونِ العقلِ؛ لأنّ ما هو المقصودُ من هذا العقدِ وهو الكسْبُ لا يَحْصُلُ منه، فَإِنْ كاتَبَه فأدّى البدَلَ عنه رجلٌ فقبلَه [(٣)] المولى لا يعتِقُ؛ لأنّ العقد لا يَنْعَقِدُ بدونِ القبولِ، ولم يوجدْ، فكان أداءُ الأجنَبيِّ أداءً من غيرِ عقدٍ فلا يعتِقُ وله أنْ يَسْتَرِدّ ما أدّى؛ لأنّه أدّاه بَدَلاً عن العتقِ ولم يُسَلّم العتقَ، ولو قَبلَ عنه الرّجُلُ الكِتابةَ ورَضِيَ المولى لم يَجز أيضًا؛ لأنّ الرّجُلَ قَبلَ الكِتابةَ من غيرِه، من غيرِ رِضاه، ولا يجوزُ قَبولُ الكِتابةِ من غيرِه بغيرِ رِضاه، وهل يتوَقّفُ على إجازةِ العبدِ بعدَ البُلوغِ؟ ذَكَرَ القُدوريُّ أنّه لا يتوَقّفُ، وذَكَرَ

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فقبل».

القاضي في شرحِه (مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ) أنّه يتوَقّفُ.

والصّحيحُ ما ذَكَرَه القُدوريُّ؛ لأنّ تَصَرُّفَ الفُضوليِّ إنّما يتوَقّفُ على الإجازةِ إذا كان له مُجيزٌ وقتَ التّصَرُّفِ، وههنا لا مُجيزَ له وقتَ وجودِه إذِ الصّغيرُ ليس من أهلِ الإجازةِ فلا يتوَقّفُ بخلافِ ما إذا كان العبدُ كبيرًا غائبًا فجاءَ رجلٌ وقَبِلَ الكِتابةَ عنه ورَضِيَ المولى، أنّ الكِتابةَ تَتَوَقّفُ على إجازةِ العبدِ؛ لأنّه من أهلِ الإجازةِ وقتَ قَبولِ الفُضوليِّ عنه، فكان له مُجيزًا وقتَ التّصَرُّفِ فتوَقّفَ [1]، فَلو أدّى القابلُ عن الصّغيرِ إلى المولى، ذَكَرَ في الأصلِ أنّه يعتِقُ استِحْسانًا، وجَعَلَه بمنزلةِ قولِه: إذا أدّيْت إلَيّ كذا فعبدي حُرٌّ، وقال: وهذا والكبيرُ سَواءٌ.

والقياسُ: أنْ لا يعتِقَ؛ لأنّ المُكاتَبَةَ على الصّغيرِ لم تَنْعَقِدْ؛ لأنّه ليس من أهلِ القبولِ فيَبْقَى الأداءُ بغيرِ مُكاتَبةٍ، فلا يعتِقُ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُكاتَبَةَ فيها معنى المُعاوَضةِ ومعنى التّعليقِ، والمولى إنْ كان لا يملِكُ إلْزامَ العبدِ العِوَضَ [٢/ ٢٠٠ب] [لكن] [2] يملِكُ تَعليقَ عِتْقِه بالشّرطِ، فيصِحُّ من هذا الوجه ويتعَلّقُ العتقُ بوجودِ الشّرطِ، وكذا إذا كان العبدُ كبيرًا غائبًا فقَبِلَ الكِتابةَ عنه فُضوليٌّ وأدّاها إلى المولى يعتِقُ استِحْسانًا، وليس للقابلِ استِرْدادُ المُؤدّى، والقياسُ أنْ لا يعتِقَ وله أنْ يَسْتَرِدّ لما قُلْنا.

هذا إذا أدّى الكُلّ فإنْ أدّى البعضَ فلَه أنْ يَسْتَرِدّ قياسًا واستِحْسانًا؛ لأنّه إنّما أدّى ليُسَلّمَ العتقَ، والعتقُ لا يُسَلّمُ [له] [3] بأداءِ بعضِ بَدَلِ الكِتابةِ فكان له أنْ يَسْتَرِدّ إلاّ إذا بَلَغَ العبدُ فأجاز قبل أنْ يَسْتَرِدّ القابلُ فليس له أنْ يَسْتَرِدّ بعدَ ذلك؛ لأنّ بالإجازةِ استَنَدَ جواز العقدِ إلى وقتِ وجودِه والأداءُ حَصَلَ عن [4] عقدٍ جائزٍ فلا يكونُ له الاستِرْدادُ، فلو أنّ العبدَ عَجَزَ عن أداءِ الباقي ورُدّ في الرِّقِّ فليس له أنْ يَسْتَرِدّ أيضًا، وإنْ رُدّ العبدُ في الرِّقّ؛ لأنّ المُكاتَبَةَ لا تَنْفَسِخُ بالرّدّ في الرِّقّ بل تَنْتَهي في المُسْتقبَلِ فكان حُكمُ العقدِ قائمًا في القدرِ المُؤدّى فلا يكونُ له الاستِرْدادُ، بخلافِ [باب] [5] البيعِ بأنّ مَنْ باعَ شيئًا ثُمّ تَبَرّعَ إنسانٌ بأداءِ الثّمَنِ ثُمّ فُسِخَ البيعُ بالرّدّ بالعيب أو بوَجْهٍ من الوجوه أنّ للمُتَبَرِّعِ أنْ يَسْتَرِدّ ما دَفَعَ؛

(١) في المخطوط: «فيتوقف».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «عند».

(٥) ليست في المخطوط.

لأنّ الدّفْعَ كان بحُكمِ العقدِ وقد انفَسَخَ ذلك العقدُ.

وكذلك لو تبَرّعَ رجلٌ بأداءِ المهرِ عن الزّوجِ ثُمّ ورَدَ الطّلاقُ قبل الدُّخولِ أنّه يَسْتَرِدُّ منها النِّصفَ؛ لأنّ الطّلاقَ قبل الدُّخولِ فسْخٌ من وجهٍ، ولو كانتِ الفُرْقةُ من قِبَلِها قبل الدُّخولِ بها فلَه أنْ يَسْتَرِدّ منها كُلّ المهرِ، ولا يكونُ المهرُ للزّوجِ بل يكونُ للمُتَبَرِّعِ لانفِساخِ النّكاحِ.

هذا كُلُّه إذا أدّى القابلُ فلو امتَنَعَ القابلُ عن الأداءِ لا يُطالَبُ بالأداءِ إلاّ إذا ضَمِنَ، فحينئذٍ يُؤْخَذُ به بحُكمِ الضّمانِ، فأمّا بُلوغُه فليس بشرطٍ حتّى لو كاتَبَه وهو يعقِلُ البيعَ والشِّراءَ جازَتِ المُكاتَبةُ ويكونُ كالكبيرِ في جميعِ أحْكامِه عندَنا [(١)]، خلافًا للشّافعيِّ [(٢)]؛ لأنّ المُكاتَبةَ إذنٌ في التِّجارةِ وإذنُ الصّبيِّ العاقِلِ بالتِّجارةِ صَحيحٌ عندَنا خلافًا له، وهي من مسائلِ [كتاب] [(٣)] المأذونِ.

فصل [فيما يرجع إلى بدل الكتابة]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى بَدَلِ الكِتابةِ فمنها أنْ يكونَ مالاً، وهو شرطُ الانعِقادِ فلا تَنْعَقِدُ المُكاتَبةُ على الميْتةِ والدّمِ؛ لأنّهما لَيْسا بمالٍ في حقِّ أحدٍ، لا في حقِّ المسلمِ ولا في حقِّ الذِّمّيِّ.

ألا تَرَى أنّ المُشْتَرِيَ بهما لا يملِكُ وإنْ قَبَضَ؟ ولا تَنْعَقِدُ عليهما المُكاتَبةُ حتّى لا يعتِقَ، وإنْ أدّى لأنّ التّصرُّفَ الباطِلَ لا حُكمَ له فكان مُلْحقًا بالعدَمِ إلاّ إذا كان قال: عَلَيّ أنّك إنْ أدّيْت إلَيّ فأنتَ حُرٌّ فأدّى فإنّه يعتِقُ بالشّرطِ، وإذا عَتَقَ بالشّرطِ لا يرجعُ المولى عليه بقيمَتِه؛ لأنّ هذا ليس بمُكاتَبةٍ إنّما هو إعتاقٌ مُعَلّقٌ بالشّرطِ بمنزلةِ قولِه: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ٥٢)، تبيين الحقائق (٥/ ١٤٩)، درر الحكام (٢/ ٢٣)، البحر الرائق (٨/ ٤٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٠٦)، رد المحتار (٦/ ٩٩).

(٢) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشافعي: «ولا يجوز أن يُكاتب الرجل عبدًا له مغلوبًا على عقله ولا عبدًا له غير بالغ» انظر الأم (٨/ ٣٧)، أسنى المطالب (٤/ ٤٧٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٣٦٤)، مغني المحتاج (٦/ ٤٨٥)، حاشية الجمل (٥/ ٤٥٩)، تحفة الحبيب (٤/ ٤٧٣)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٤٢٨).

(٣) زيادة من المخطوط.

وَمنها: أنْ يكونَ مُتَقَوِّمًا، وأنّه من شرائطِ الصِّحّةِ فلا تَصحُّ مُكاتَبةُ المسلمِ عبدَه المسلمَ أو الذِّمّيِّ على الخمْرِ أو الخِنْزيرِ، [ولا مُكاتَبةُ الذِّمّيِّ عبدَه المسلمَ على الخمْرِ والخِنْزيرِ] (١)؛ لأنّ الخمْرَ وإنْ كان مالاً في حقِّ المسلمينَ فهي غيرُ مُتَقَوِّمةٍ في حقِّهم، فانعَقَدَتِ المُكاتَبةُ على الفسادِ، فإنْ أدّى يعتِقْ وعليه قيمةُ نفسِه؛ لأنّ هذا حُكمُ المُكاتَبةِ الفاسِدةِ على ما نَذْكُرُ في بيانِ حُكمِ المُكاتَبةِ.

أمّا الذِّمّيُّ فتجوزُ مُكاتَبَتُه عبدَه الكافرَ على خمرٍ أو خِنْزيرٍ؛ لأنّ ذلك مالٌ مُتَقَوِّمٌ عندَهم كالخلِّ والشّاةِ عندَنا، فإنْ كاتَبَ ذِمّيٌّ عبدًا له كافرًا على خمرٍ فأسلَمَ أحدُهما، فالمُكاتَبةُ ماضيةٌ وعلى العبدِ قيمةُ الخمْرِ؛ لأنّ المُكاتَبةَ وقَعَتْ صَحيحةً لكَوْنِ الخمْرِ مالاً مُتَقَوِّمًا في حقِّهم إلاّ أنّه إذا أسلَمَ أحدُهما فقد تَعَذّرَ التّسْليمُ أو التّسَلُّمُ؛ لأنّ المسلمَ مَنْهيٌّ عن ذلك فتجبُ قيمَتُها، ولا يَنْفَسِخُ العقدُ بخلافِ ما إذا اشترى الذِّمّيُّ من ذِمّيٍّ شيئًا بخمرٍ ثُمّ أسلَمَ أحدُهما قبل قَبْضِ ثَمَنِ الخمْرِ أنّ البيعَ يَبْطُلُ، وههنا لا تَبْطُلُ المُكاتَبةُ؛ لأنّ عقدَ المُكاتَبةِ مبناه على المُساهَلةِ والمُسامَحةِ نَظَرًا للعَبيدِ إيصالاً لهم إلى شرَفِ الحُرّيّةِ، فلا يَنْفَسِخُ بتَعَذُّرِ تَسْليمِ المُسَمّى أو تَسَلُّمِه بل يُصارُ إلى بَدَلِه. فأمّا البيعُ فعقدُ مُماكَسةٍ ومُضايَقةٍ لا تَجْري فيه من السُّهولةِ ما يَجْري في المُكاتَبةِ فيَنْفَسِخُ عندَ تَعَذُّرِ تَسْليمِ عَيْنِ المُسَمّى ويَرْتَفِعُ، وإذا ارْتَفَعَ لا يُتَصَوّرُ تَسْليمُ القيمةِ مع ارْتِفاعِ سببِ الوجوب.

وَمنها: أنْ يكونَ معلومَ النّوعِ والقدرِ وسَواءٌ كان معلومَ الصِّفةِ أو لا، وهو من شرائطِ الانعِقادِ، فإنْ كان مجهولَ القدرِ أو مجهولَ النّوعِ لم يَنْعَقِدْ. وإنْ كان معلومَ النّوعِ والقدرِ مجهولَ الصِّفةِ جازَتِ المُكاتَبةُ.

والأصلُ: أنّ الجهالةَ مَتَى فحَشَتْ مَنَعَتْ جوازَ المُكاتَبةِ، وإلاّ فلا، وجَهالةُ النّوعِ والقدرِ جَهالةٌ فاحِشةٌ، [٢/ ٢٠١أ] وجَهالةُ الصِّفةِ غيرُ فاحِشةٍ، فإنّه رُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه أنّه أجازَ المُكاتَبةَ على الوُصَفاءِ بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم فيكونُ إجماعًا على الجوازِ والإجماعُ على الجوازِ إجماعٌ على سُقوطِ اعتِبارِ هذا النّوعِ من الجهالةِ في باب الكِتابةِ.

وبيانُ هذا الأصلِ في مسائلَ: إذا كاتَبَ عبدَه على ثَوْبٍ أو دابّةٍ أو حَيَوانٍ أو دارٍ لم

---

(١) ليست في المخطوط.

تَنْعَقِدْ حتّى لا يعتِقَ، وإنْ أدّى؛ لأنّ الثّوبَ والدّارَ والحيَوانَ مجهولُ النّوعِ لاختلافِ أنواعِ كُلِّ جِنْسٍ وأشخاصِه اختلافًا مُتَفاحِشًا.

وكذا الدّورُ تَجْري مجرَى الأجناسِ المُخْتَلِفةِ لتَفاحُشِ التّفاوُتِ بين دارٍ ودارٍ في الهَيْئةِ والتّقْطيعِ وفي القيمةِ باختلافِ المواضِعِ من البُلْدانِ والمحالِ والسِّكَكِ، ولهذا مَنَعَتْ هذه الجهالةُ صحّةَ التّسْميةِ والإعتاقَ على مالٍ والنّكاحَ والخُلْعَ والصُّلْحَ عن دَمِ العمْدِ فصارتْ هذه الأشياءُ لكَثْرةِ التّفاوُتِ في أنواعِها وأشخاصِها بمنزلةِ الأجناسِ المُخْتَلِفةِ، فيصيرُ كأنّه كاتَبَه على ثَوْبٍ [أو دابّةٍ] (١) أو حَيَوانٍ أو دارٍ فأدّى طعامًا، ولو كان كذلك لا يعتِقُ فكذا هاهُنا لا يعتق.

وإنْ أدّى على الثّياب والدّوابِّ والدّورِ بخلافِ ما إذا كاتَبَه على قيمةٍ فأدّى القيمةَ أنّه يعتِقُ؛ لأنّ التّفاوُتَ بين القيمَتَيْنِ لا يُلْحِقُهما بجِنْسَيْنِ فكانت جَهالةُ القيمةِ مُفْسِدةً للعقدِ لا مُبْطِلةً له، وإنْ كاتَبَه على ثَوْبٍ هَرَويٍّ أو عبدٍ أو جاريةٍ أو فرَسٍ جازَتِ المُكاتَبةُ؛ لأنّ الجهالةَ ههنا جَهالةُ الوصفِ، أنّه جَيِّدٌ أو رَديءٌ أو وسَطٌ، وأنّها لا تمنَعُ صحّةَ التّسْميةِ كما في النّكاحِ والخُلْعِ.

والأصلُ: أنّ الحيَوانَ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ في مُبادَلةِ المالِ بغيرِ المالِ كما في النِّكاحِ ونحوِه، فتَصِحُّ التّسْميةُ ويقعُ على الوسَطِ كما في باب الزّكاةِ والدّيةِ والنِّكاحِ، وكذا لو كاتَبَه على وصَيْفٍ يجوزُ، ويقعُ على الوسَطِ، ولو جاءَ العبدُ بقيمةِ (٢) الوسَطِ في هذه المواضِعِ يُجْبَرُ المولى على القبولِ كما في النِّكاحِ والخُلْعِ ونحوِهما.

ولو كاتَبَه على لُؤْلُؤةٍ أو ياقوتةٍ لم يَنْعَقِدْ؛ لأنّ الجهالةَ مُتَفاحِشةٌ، ولو كاتَبَه على كُرِّ حِنْطةٍ أو ما أشبَهَ ذلك من المكيلِ والموزونِ ولم يصِفْ يجوزُ وعليه الوسَطُ من جِنْسِه؛ لأنّه ثَبَتَ (٣) دَيْنًا في الذِّمّةِ في مُبادَلةِ المالِ بالمالِ إذا كان موصوفًا، ويَثْبُتُ في مُبادَلةِ (ما ليس بمالٍ بمالٍ) (٤) وإنْ لم يكنْ موصوفًا كالنِّكاحِ والخُلْعِ والصُّلْحِ عن دَمِ العمْدِ والإعتاقِ على مالٍ، والمُكاتَبةُ مُعاوَضةُ ما ليس بمالٍ بمالٍ في جانِبِ المولى فتجوزُ المُكاتَبةُ عليه، ويجبُ الوسَطُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بقدر».
(٣) في المخطوط: «يثبت».
(٤) في المخطوط: «المال بما ليس بمال».

ولو كاتَبَه على حُكمِه أو على حُكمِ نفسَه لم تَنْعَقِدْ؛ لأنّ الجهالةَ ههنا أَفْحَشُ من جَهالةِ النّوعِ والقدرِ؛ لأنّ البدَلَ هناك مُسَمًّى، ولا تَسْمِيةَ للبَدَلِ ههنا رأسًا فكانتِ الجهالةُ هاهنا أكثَرَ، وإلى هذا أشارَ في الأصلِ فقال: أرأيت لو حَكَمَ المولى عليه بمِلْءِ الأرضِ ذَهَبًا أكان [(١)] يَلْزَمُه؟ أو حَكَمَ العبدُ على نفسِه بفَلْسٍ هل كان يلزمه؟ فلم يَنْعَقِدِ العقدُ أصلاً فلا يعتِقُ بالحُكمِ، وإنْ كاتبه على ألفِ درهم إلى العطاءِ أو إلى الدّياسِ أو إلى الحصادِ أو [(٢)] نحوِ ذلك مِمّا يُعْرَفُ من الأجَلِ جاز استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ؛ لأنّ الأجَلَ مجهولٌ وجَهالةُ الأجَلِ تُبْطِلُ البيعَ فتَبْطُلُ المُكاتَبَةُ.

وجه الاستِحْسانِ، أنّ الجهالةَ لم تدخل في صُلْب العقدِ؛ لأنّها لا تَرْجِعُ إلى البدَلِ وإنّما دخلَتْ في أمرٍ زائدٍ، ثُمّ هي غيرُ مُتَفاحِشةٍ فلا توجِبُ فسادَ المُكاتَبةِ كجَهالةِ الوصفِ بخلافِ البيعِ إلى هذه الأوقاتِ، أنّه يَفْسُدُ؛ لأنّ الجهالةَ لا توجِبُ فسادَ العقدِ لذاتِها بل لإفضائها إلى المُنازَعةِ، [والمُنازَعةُ قَلّما تَجْري في هذا القدرِ في المُكاتَبةِ؛ لأنّ مبناها على المُسامَحةِ] [(٣)]، بخلافِ البيعِ فإنّ [(٤)] مبناه على المُماكَسةِ فيُفْضي إلى المُنازَعةِ، ولهذا جازَتِ الكفالةُ إلى هذه الأوقاتِ، ولم يَجُزْ تَأجيلُ الثّمَنِ إليها في البيعِ، بخلافِ المُكاتَبةِ إلى مَجيءِ المطرِ وهُبوب الرّيحِ؛ لأنّه ليس لذلك وقتٌ معلومٌ ففَحُشَتِ الجهالةُ، فإنْ كاتَبَه إلى العطاءِ فأخّرَ [(٥)] العطاءَ فإنّ الأجَلَ يَحِلُّ في مثلِ الوقتِ الذي كان يَخْرُجُ فيه العطاءُ؛ لأنّ المُرادَ به [في] [(٦)] العُرْفِ والعادةِ وقتُ العطاءِ لا عَيْنُ العطاءِ، وكذا [هذا] [(٧)] في الحصادِ والدّياسِ.

ولو كاتَبَه على قيمَتِه فالمُكاتَبةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ القيمةَ تختَلِفُ بـ[اختلاف] [(٨)] تقويمِ المُقَوِّمينَ فكان البدَلُ مجهولَ القدرِ، وإنّه مجهولٌ جَهالةً فاحِشةً، ولهذا مُنِعَتْ صحّةُ التّسْميةِ في باب النّكاحِ حتّى عُدِّلَ إلى مَهْرِ المثلِ فتُمْنَعُ صحّةُ المُكاتَبةِ بل أولى؛ لأنّ النّكاحَ يجوزُ بدونِ تَسْميةِ البدَلِ ولا جَوازَ للمُكاتَبةِ من غيرِ تَسْميةِ البدَلِ، فلَمّا لم تَصِحّ

---

(١) في المطبوع: «كان».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لأن».
(٥) في المخطوط: «فتأخر».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.

تَسْميةُ القيمةِ هناك فلأنْ لا تَصحّ ههنا أولى، ولأنّ جَهالةَ القيمةِ موجِبٌ للعقدِ الفاسِدِ فكان ذِكرُها نصًّا على الفسادِ، بخلافِ ما إذا [٢/ ٢٠١ب] كاتَبَه على عبدٍ؛ لأنّ جَهالةَ العبدِ جَهالةُ الوصفِ، أي: جَيِّدٌ أو رَديءٌ أو وسَطٌ، فعندَ الإطلاقِ يقعُ على الوسَطِ والوسَطُ معلومٌ عندَهم.

ألا تَرَى أنّ أبا حنيفةَ جعل قيمةَ الوسَطِ أربعينَ دينارًا . فأمّا المُكاتَبةُ على القيمةِ فليستْ بمُكاتَبةٍ على بَدَلٍ معلوم عندَ النّاسِ عندَ إطلاقِ الاسمِ، فصار كما لو كاتَبَه على ألفٍ أو على ألفَيْنِ، غيرَ أنّه إذا أدّى القيمةَ عَتَقَ؛ لأنّ العقدَ الفاسِدَ له حُكمٌ في الجملةِ عندَنا كالبيعِ الفاسِدِ إذا اتّصَلَ به القبْضُ، والنّكاحُ الفاسِدُ إذا اتّصَلَ به الدُّخولُ، حتّى يَثْبُتَ الملكُ في البيعِ، وتجبَ العِدّةُ والعُقْرُ ويَثْبُتَ النّسَبُ في النّكاحِ، وكذا المُكاتَبةُ الفاسِدةُ.

[ولو قال: كاتَبْتُك على دراهمَ فالمُكاتَبةُ باطِلةٌ ولو أدّى ثلاثةَ دراهمَ لا يعتِقُ؛ لأنّ البدَلَ مجهولٌ جَهالةً مُتَفاحِشةً وليس للدّراهمِ وسَطٌ معلومٌ حتّى يقعَ عليه الاسمُ بخلافِ ما إذا قال أعتقتُك على دراهمَ فقبلَ العبدُ عَتَقَ وتَلْزَمُه قيمةُ نفسِه؛ لأنّ العتقَ هناك وقَعَ بالقبولِ، والجهالةُ مُتَفاحِشةٌ فلَزِمَه قيمةُ نفسِه] [1]، ولو كاتَبَه على أنْ يَخْدُمَه شهرًا فهو جائزٌ استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ.

وجه القياسِ: أنّ الخدمةَ مجهولةٌ؛ لأنّها مُخْتَلِفةٌ ولا يَدْري في أيِّ شيءٍ يَسْتخدِمُه وأنّه يَسْتخدِمُه في الحضَرِ أو في السّفَرِ، وجَهالةُ البدَلِ تمنَعُ صحّةَ الكِتابةِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ الخدمةَ المُطْلَقةَ تَنْصَرِفُ إلى الخدمةِ المعهودةِ فتَصيرُ معلومةً بالعادةِ، وبحالِ المولى أنّه في أيِّ شيءٍ يَسْتخدِمُه وبحالِ العبدِ أنّه لأيِّ شيءٍ يصْلُحُ فصار كما لو عَيّنَها نصًّا، ولهذا جازَتِ الإجارةُ على هذا الوجه فـ[كانت] [2] المُكاتَبةُ أولى؛ لأنّها أقبَلُ للجَهالةِ من الإجارةِ.

ولو كاتَبَه على أنْ يَخْدُمَ رجلًا شهرًا فهو جائزٌ في القياسِ، كذا ذَكَرَه في الأصلِ ولم يُرِدْ به قياسَ الأصلِ؛ لأنّ ذلك يقتَضي أنْ لا يجوزَ لما ذَكَرْنا وإنّما أرادَ به القياسَ على الاستِحْسانِ الذي ذَكَرْنا ويجوزُ القياسُ على موضِعِ الاستِحْسانِ، إذا كان الحُكمُ في

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

الاستِحْسانِ معقول المعنى كقياسِ الجِماعِ ناسيًا على [قياسِ] [(١)] الأكلِ والشُّرْب ناسيًا، ولأنّ المنافِعَ أموالٌ في العُقودِ، وأنّها تَصيرُ معلومةً بذِكرِ المُدّةِ، فلا فرقَ بين أنْ يَسْتَأجِرَ رجلًا ليَخْدُمَه أو ليَخْدُمَ غيرَه.

وكذلك لو كاتَبَه على أنْ يَحْفِرَ بئرًا قد سَمّى له طولها وعُمْقَها ومَكانها، أو على أنْ يَبنيَ له دارًا آجُرّها وجِصّها وما يَبني بها؛ لأنّه كاتَبَه [(٢)] على بَدَلٍ معلومٍ، ألا تَرى أنّ الإجارةَ عليه جائزةٌ؟ فالكِتابةُ أولى، ولو كاتَبَه على أنْ يَخْدُمَه ولم يَذْكُرِ الوقتَ فالكِتابةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ البدَلَ مجهولٌ .

ومنها: ألاّ يكونَ البدَلُ ملكَ المولى وهو شرطُ الانعِقادِ حتّى لو كاتَبَه على عَيْنٍ من أعيانِ مالِ المولى لم يَجز؛ لأنّه يكونُ مُكاتَبةً بغيرِ بَدَلٍ في الحقيقةِ فلا يجوزُ، كما إذا باعَ دارَه [(٣)] من إنسانٍ بعبدٍ هو لصاحِب [(٤)] الدّارِ، أنّه لا يجوزُ البيعُ؛ لأنّه يكونُ بيعًا بغيرِ ثَمَنٍ في الحقيقةِ كذا هذا .

وكذا لو كاتَبَه على ما في يَدِ العبدِ من الكسْب وقتَ المُكاتَبةِ؛ لأنّ ذلك مالُ المولى فيكونُ مُكاتَبةً على مالِ المولى فلم يَجز .

وأمّا كونُ البدَلِ دَيْنًا [(٥)] فهل هو شرطُ جَوازِ الكِتابةِ بأنْ كاتَبَه على شيءٍ بعَيْنِه من عبدٍ أو ثَوْبٍ أو دارٍ أو غيرِ ذلك مِمّا يتعَيّنُ بالتّعْيينِ وهو ليس من أعيانِ مالِ المولى ولا كسْب العبدِ ولكنّه ملكُ أجنَبيٍّ وهو مُعَيّنٌ مُشارٌ إليه . ذَكَرَ في كِتاب المُكاتَب إذا كاتَبَ عبدَه على عبدٍ بعَيْنِه لرجلٍ لم يَجز، ولم يُذْكَرِ الخلافُ وذَكَرَ في كِتاب الشُّرْب إذا كاتَبَه على أرضٍ لرجلٍ جاوَزَ ولم يَذْكُرِ الخلافَ، وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ الخلافَ فقال: لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ، ويجوزُ عندَ أبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ: إنْ أجاز صاحِبُه جاز وإلاّ لم يَجز، وإطلاقُ رِوايةِ كِتاب المُكاتَب يقتَضي أنْ لا يجوزَ أجاز أو لم يُجِزْ، وإطلاقُ رِوايةِ كِتاب الشُّرْب يقتَضي [(٦)] الجوازَ أجاز أو لم يُجِزْ، ولأنّه لَمّا جاز عندَ عَدَمِ الإجازةِ، فعند الإجازةِ أولى ويجوزُ أنْ يكونَ قولُ محمّدٍ تَفْسيرًا للرّوايتيْنِ المُبْهَمَتَيْنِ، فتُحمَلُ رِوايةُ كِتاب المُكاتَب على حالِ عَدَمِ الإجازةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «مكاتبة».

(٣) في المخطوط: «دارًا».

(٤) في المخطوط: «صاحب».

(٥) في المخطوط: «بغير عينه».

(٦) في المخطوط: «تقتضي».

وروايةُ (كِتاب الشُّرْب) على حالِ الإجازةِ، وجه [إطلاق] [(١)] رِوايةِ كِتاب المُكاتَب أنّه كاتَبَه على مالٍ لا يُمْلَكُ؛ لأنّه كاتَبَه على عبدٍ هو ملكُ الغيرِ فلا يجوزُ، وبه عَلّلَ في الأصلِ فقال: لأنّه كاتَبَه على ما لا يملِكُ؛ لأنه كاتَبَه على ملكِ الغيرِ، وشرحُ هذا التّعليلِ أنّ المُكاتَبَةَ عقدٌ وُضِعَ لإكساب المالِ، والعبدُ لا يقدِرُ على إكساب هذا العيْنِ لا مَحالةَ؛ لأنّ مالِكَ العبدِ قد يَبيعُه وقد لا يَبيعُه، فلا يَحْصُلُ ما وُضِعَ له العقدُ، ولأنّا لو قضَيْنا بصحّةِ هذه المُكاتَبةِ لَفَسَدَتْ من حيثُ تَصحُّ؛ لأنّه إذا كاتَبَه على عبدٍ معين هو ملكُ الغيرِ ولم يُجِزِ المالِكُ فقد تَعَذّرَ عليه التّسْليمُ فكان موجِبُها وجوبَ قيمةِ العبدِ، فيصيرُ كأنّه كاتبَه على قيمةِ عبدٍ [(٢)] فيَفْسُدُ من حيثُ يصحُّ، وما كان في تَصْحيحِه إفسادُه فيقضي بفَسادِهِ من الأصلِ أو يُقالُ إذا تَعَذّرَ عليه [٢/ ٢٠٢أ] التّسْليمُ فإمّا أنْ تجبَ عليه قيمةِ العبدِ أو قيمةِ نفسِه، وكُلُّ ذلك فاسِدٌ.

وجه رِوايةِ (كِتاب الشُّرْب) وهو المرويُّ عن أبي يوسفَ أيضًا: أنّ المُكاتَبَةَ فيَ معنى الإعتاقِ على مالٍ، ثُمّ لو أعتَقَ عبدَه على عبدٍ بعَيْنِه لرجلٍ فقَبِلَ [(٣)] العبدُ جاز [كذا هذا] [(٤)].

وجه ما رُوِيَ عن محمّدٍ من التّوَقُّفِ على الإجازةِ: أنّ هذا عقدٌ له مُجيزٌ حالَ وُقوعِه، فيتوَقّفُ على الإجازةِ كالمبيعِ [(٥)]، وكذلك كُلُّ ما عَيّنَه من مالِ غيرِه من عَرَضٍ أو مَكيلٍ أو موزونٍ؛ لأنّ هذه الأشياءَ كُلّها تَتَعَيّنُ في العُقودِ بالتّعْيينِ فكانت كالعبدِ.

ولو قال: كاتَبْتُك على ألفِ فُلانٍ، هذه جازَتِ المُكاتَبةُ؛ لأنّ الدّراهمَ لا تَتَعَيّنُ بالتّعْيينِ في عُقودِ المُعاوَضاتِ، فيقعُ العقدُ على مثلِها في الذِّمّةِ [لا على عَيْنِها، فيجوزُ وإنْ أدّى غيرَها عَتَقَ؛ لأنّ المُكاتَبَةَ وقَعَتْ على ما في الذِّمّةِ] [(٦)]، وسَواءٌ كان البدَلُ قَليلاً أو كثيرًا؛ لأنّ دَلائلَ جَوازِ المُكاتَبَةِ لا يَفْصِلُ بين القليلِ والكثيرِ، وسَواءٌ كان مُؤَجّلاً أو غيرَ مُؤَجّلٍ عندَنا [(٧)] وعندَ [(٨)] الشّافعيِّ: لا يجوزُ إلاّ مُؤَجّلاً [(٩)]، وهو على قَلْب الاختلافِ في

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «العبد».
(٣) في المخطوط: «وقبل».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «كالبيع».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ٤).
(٨) في المخطوط: «وقال».
(٩) مذهب الشافعية: لا يجوز الكتابة إلا مؤجلا ومُنَجَّمًا، انظر: روضة الطالبين (٨/ ٤٦٨).

السَّلَمِ، أنّه لا يجوزُ إلاّ مُؤَجّلاً عندَنا وعندَه يجوزُ مُؤَجّلاً وغيرَ مُؤَجّلٍ. فالحاصِلُ أنّه لا خلافَ في جَوازِ المُكاتَبةِ على بَدَلٍ مُؤَجّلٍ.

واختُلِفَ في الجوازِ على بَدَلٍ غيرِ مُؤَجّلٍ، قال أصحابُنا: يجوز [1]، وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ إلاّ مُؤَجّلاً مُنَجّمًا بنَجْمَيْنِ فصاعِدًا [2].

وجه قولِه: أنّ العبدَ عاجزٌ عن تَسْليمِ البدَلِ عندَ العقدِ؛ لأنّه مُعْسِرٌ [3] لا مالَ له، والعجْزُ عن التّسْليمِ عندَ العقدِ يمْنَعُ انعِقادَه، بدَليلِ أنّه لو طرأ على العقدِ يَرْفَعُه [4]. فإذا قارَنَه [5] يمْنَعُه من الانعِقادِ من طريقِ الأولى؛ لأنّ المنعَ أسهَلُ من الرّفْعِ، وكذا مأخَذُ الاسم يَدُلُّ على ما قُلْنا، فإنّ الكِتابةَ مأخوذةٌ من الكِتاب، والكِتابُ يُذْكَرُ بمعنى الأجَلِ، قال اللّه عَزّ وجَلّ: ﴿وَمَآ أَهۡلَكۡنَا مِن قَرۡيَةٍ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٞ مَّعۡلُومٞ﴾ [الحجر:٤] أي أجَلٌ لا يتقَدّمُ ولا يتأخّرُ، فسُمّيَ هذا عقدُ كِتابةٍ لكَوْنِ البدَلِ فيه مُؤَجّلاً ويُذْكَرُ بمعنى الكِتاب المعروفِ، وهو المكتوبُ، سُمّيَ العقدُ بذلك لأنّ البدَلَ يُكتَبُ في الدّيوانِ، والحاجةُ إلى الكِتابةِ للمُؤَجّلِ لا للحالِ، فكان الأجَلُ فيه شرطًا كالمُسَلّم لَمّا كان مأخوذًا من التّسْليمِ، كان تَسْليمُ رأسِ المالِ فيه شرطًا؛ لجَوازِ السّلَمِ، وكذا الصّرْفُ لَمّا كان يُنْبئُ عن نَقْلِ البدَلِ من يَدٍ إلى يَدٍ كان القبْضُ فيه من الجانِبينِ شرطًا كذا هذا.

ولنا: قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور:٣٣] من غيرِ فصلٍ بين الحالِ والمُؤَجّلِ، ولأنّ بَدَلَ الكِتابةِ دَيْنٌ يجوزُ الاستِبْدالُ به قبل القبْضِ فلا يُشْتَرَطُ فيه التّأجيلُ كسائرِ الدُّيونِ بخلافِ بَدَلِ الصّرْفِ والسّلَمِ.

وأمّا قولُه: إنّ العبدَ عاجِزٌ عن تَسْليمِ البدَلِ عندَ العقدِ. فمُسَلّمٌ، لكنّ الأداءَ يكونُ بعدَ العقدِ ويحتملُ حُدوثَ القُدْرةِ بعدَه، (بأنّه يَكتُبُ) [6] مالاً بقبولِ هِبةٍ أو صَدَقةٍ فيُؤَدّي بَدَلَ الكِتابةِ.

وأمّا مأخَذُ الاسمِ فالكِتابةُ تحتَمِلُ مَعانيَ يُقالُ: كتَبَ أي أوجَبَ قال اللّه تعالى: ﴿كَتَبَ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ٤).

(٢) مذهب الشافعية: لا تصح الكتابة حالة ولا تجوز إلا منجمة، وأقله نجمان، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٨٤).

(٣) في المخطوط: «فقير».

(٤) في المخطوط: «رفعه».

(٥) في المخطوط: «قاربه».

(٦) في المخطوط: «بأن يكتسب».

عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ﴾ [الأنعام:١٢] [ويقال:] [١] كَتَبَ أي ثَبَتَ قال اللّه تعالى: ﴿كَتَبَ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلْإِيمَٰنَ﴾ [المجادلة:٢٢] وكَتَبَ أي حَكَمَ وقضى، قال اللّه تعالى: ﴿كَتَبَ ٱللَّهُ لَأَغْلِبَنَّ أَنَا۠ وَرُسُلِىٓ﴾ [المجادلة:٢١] وشيءٌ من هذه المعاني لا يُنبئُ عن التّأجيلِ، ثُمّ إذا كانتِ المُكاتَبةُ حالةً فإنْ أدّى البدَلَ حين طالَبَه المولى بها وإلاّ يُرَدُّ في الرِّقِّ، سَواءٌ شرطَ ذلك في العقدِ أو لم يشرطْ بأنْ قال له: إنْ لم تُؤدِّها إليّ حالّةً فأنتَ رَقيقٌ، أو لم يَقُلْ؛ لأنّه كاتبَه على بَدَلٍ موصوفٍ بصِفةِ الحُلولِ فلم يكنْ راضيًا بدونِ تلك الصِّفةِ، وكذلك إذا كانت مُنَجّمةً بنُجومٍ معلومةٍ فعَجَزَ عن أوّلِ [أداء] [٢] نَجْمٍ منها، يُرَدُّ إلى الرِّقِّ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ لا يُرَدُّ حتّى يتوالى عليه نَجْمانِ.

احتجّ أبو يوسُفَ بما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: المُكاتَبُ إذا تَوالى عليه نَجْمانِ رُدّ في الرِّقّ [٣]، فقد شرَطَ حُلولَ نَجْمَيْنِ للرّدّ في الرِّقِّ، ولأنّ العجْزَ لا يتحقّقُ إلاّ عندَ حُلولِ نَجْمَيْنِ لجَوازِ أنْ يُقْرِضَه إنسانٌ، أو يَحْصُلَ له مالٌ من موضِعٍ آخَرَ؛ فيُؤدّيَ، فإذا اجتَمع عليه مالُ نَجْمَيْنِ فقد تَحقّقَ عَجْزُه.

ولهما: ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بن عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه كاتَبَ عبدًا له، فعَجَزَ عن نَجْمٍ واحدٍ فرَدّه إلى الرِّقّ [٤]، والظّاهرُ أنّ ذلك كان على علمٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه أحدٌ؛ فيكونَ إجماعًا ولأنّ المولى شرَطَ عليه في كُلِّ نَجْمٍ قدرًا من المالِ وأنّه شرطٌ مُعْتَبَرٌ مُفيدٌ من شرائطِ الكِتابةِ، فكان له أنْ يَرُدّه إلى الرِّقِّ عندَ فواتِه، كما لو عَجَزَ عن نَجْمَيْنِ.

وأمّا احتِجاجُه بقولِ عَليٍّ رضي الله عنه فغيرُ سَديدٍ؛ لأنّه احتِجاجٌ بالسُّكوتِ [٥]؛ لأنّ فيه أنّه إذا تَوالى عليه نَجْمانِ يُرَدُّ إلى الرِّقِّ، وليس فيه أنّه إذا كسَرَ نَجْمًا واحدًا ماذا حُكْمُه؟ أو يُحمَلُ على النّدْب، وبه نَقولُ: إنّ المُكاتَبَ إذا كسَرَ نَجْمًا يُنْدَبُ مولاه إلى أنْ لا يَرُدّه إلى الرِّقِّ [٢/ ٢٠٢ب] ما لم يتوالَ عليه نَجْمانِ رِفْقًا به، ونَظَرًا؛ فإنْ عَجَزَ عن نَجْمَيْنِ على

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) رواه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٢)، حديث (٢١٥٤٩)، وانظر الدراية (٢/ ١٩٢)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٧)، ونصب الراية (٤/ ١٤٦).
(٤) رواه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٢)، حديث (٢١٥٤٦).
(٥) في المخطوط: «بالمسكوت».

أصلِه أو عن نَجْمٍ على أصلِهما، فإنْ كان له مالٌ حاضِرٌ أو غائبٌ مرجوٌّ حُضورُه بأنْ قال: لي مالٌ على إنسانٍ أو قال [١]: يَجيءُ في القافِلةِ، فإنّ القاضيَ يَنْتَظِرُ فيه [٢] يومَيْنِ أو ثلاثةً استِحْسانًا؛ لأنّ هذا القدرَ من التّأخيرِ مما لا ضَرَرَ فيه على المولى، وفيه رَجاءُ وُصولِ كُلِّ واحدٍ منهما إلى حقِّه فيفعلُ القاضي ذلك عندَ رَجاءِ الوُصولِ.

وَلو اختلف المولى والمُكاتَبُ في [٣] قدرِ البدَلِ أو جِنسِه، بأنْ قال المولى: كاتَبْتُك على ألفَيْنِ أو على الدّنانيرِ، وقال العبدُ: [بل] [٤] كاتَبْتني على ألفٍ أو على الدّراهِم. فالقولُ قولُ المُكاتَب في قولِ أبي حنيفةَ الآخَرُ، سَواءٌ كان قد أدّى عن بَدَلِ الكِتابةِ شيئًا أو كان لم يُؤَدِّ وكان يقولُ [أوّلاً] [٥]: يتحالَفانِ ويترادّانِ كالبيعِ؛ لأنّ في المُكاتَبةِ معنى المُبادَلةِ، ثُمّ رَجَعَ وقال: القولُ قولُ المُكاتَب؛ لأنّه المُسْتَحقُّ عليه، ومَتَى وقَعَ الاختلافُ في قدرِ المُسْتَحقِّ أو جِنسِه، فالقولُ قولُ المُسْتَحقِّ عليه في الشّرعِ كما في سائرِ الدُّيونِ، ولأنّ القياسَ يمْنَعُ التّحالُفَ لما نَذْكُرُ في كِتاب البُيوعِ إنْ شاء اللّه تعالى.

إلاّ أنّ الشّرعَ ورَدَ بخلافِ القياسِ في البيعِ وأنّه مُبادَلةُ المالِ بالمالِ مُطْلَقًا، والكِتابةُ بخلافِه فلم تكُنْ في معنى البيعِ، فلا يُقاسُ عليه، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فصلٌ [فيما يرجع إلى نفس الركن]

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ الرُّكنِ من شرائطِ الصِّحّةِ:

فخُلوُّه عن شرطٍ فاسِدٍ وهو الشّرطُ المُخالِفُ لمُقْتَضَى العقدِ الدّاخِلِ في صُلْب العقدِ من البدَلِ، فإنْ لم يُخالِفْ مُقْتَضَى العقدِ جاز الشّرطُ والعقدُ، وإنْ خالَفَ مُقْتَضَى العقدِ لكنّه لم يدخل في صُلْبه يَبْطُلُ الشّرطُ ويَبْقَى العقدُ صَحيحًا، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ عقدَ الكِتابةِ في جانِب المعقودِ عليه وهو العبدُ بمنزلةِ الإعتاقِ لما فيه من فكِّ الحجْرِ وإسقاطِه، والإعتاقُ مِمّا لا يُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ وفيما يرجعُ إلى البدَلِ، وجانِبُ المولى بمنزلةِ البيعِ؛ لأنّ المولى عَقَدَ عقدًا يئولُ إلى زوالِ ملكِه عنه فكان كالبيعِ، والبيعُ مِمّا يُفْسِدُه

---

(١) في المطبوع: «حال».
(٢) في المخطوط: «عليه».
(٣) في المخطوط: «على».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.

الشُّروطُ الفاسِدةُ لنَهْيِ النّبيِّ ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ [١]، فيُجْعَلُ من [٢] الشُّروطِ الدّاخِلةِ في صُلْب العقدِ كالبيعِ فيعملُ فيه (الشّرطُ الفاسِدُ) [٣]، وفيما لا يدخلُ في صُلْب العقدِ من الشُّروطِ يُجْعَلُ كالإعتاقِ، فلا يُؤَثِّرُ فيه (الشّرطُ الفاسِدُ) [٤] عَمَلاً بالمعنَيَيْنِ جميعًا بقدرِ الإمكانِ.

وعلى هذا مسائلُ: إذا كاتَبَ جاريةً على ألفِ درهم على أنْ يَطَأها ما دامَتْ مُكاتَبَةً أو على أنْ يَطَأها مَرّةً، فالكِتابةُ [٥] فاسِدةٌ؛ لأنّه شرطٌ فاسِدٌ لكَوْنِه مُخالِفًا مُقْتَضى العقدِ؛ لأنّ عقدَ المُكاتَبةِ يوجِبُ حُرْمةَ الوطْءِ، وأنّه [٦] دخلَ في صُلْب العقدِ لدُخولِه في البدَلِ، حيثُ جعل (بَدَلَ الكِتابةِ) [٧] بألفِ درهمٍ ووَطِئَها ففَسَدَتِ المُكاتَبَةُ.

ولو كاتَبَه [٨] على ألفِ درهمٍ على أنْ لا تخرُجَ من المِصْرِ أو على أنْ لا يُسافِرَ فالشّرطُ فاسِدٌ؛ لأنّه يُخالِفُ مُقْتَضى العقدِ؛ لأنّ العقدَ يقتَضي انفِكاكَ الحجْرِ وانفِتاحَ [٩] طريقِ الإطلاقِ له إلى أيِّ بَلَدٍ ومَكانٍ شاء، فيَفْسُدُ الشّرطُ لكنْ لا يَفْسُدُ عقدُ الكِتابةِ؛ لأنّه شرطٌ لا يرجعُ إلى صُلْب العقدِ، ومثلُه من الشُّروطِ لا يوجِبُ فسادَ العقدِ لما بيّنّا من الفقه، فلو أنّها أدّتِ الألفَ في المسألةِ الأولى عَتَقَتْ في قولِ عامّةِ العلماءِ [١٠].

وقال بِشْرُ بنُ غياثٍ المريسيِّ: (لا تعتِقُ) [١١].

وجه قولِه أنّ المولى جعل (شرطَ العتقِ) [١٢] شيئَيْنِ الألفَ ووَطْأها، والمُعَلّقَ بشرطَيْنِ لا يَنْزِلُ عندَ وجودِ أحدِهما، كما إذا كاتَبَها على ألفٍ ورَطْلٍ من خمرٍ فأدّتِ الألفَ دونَ الخمْرِ.

ولنَا: أنّ الوطْءَ لا يصْلُحُ عِوَضًا في المُكاتَبةِ، فلا يتعَلّقُ العتقُ به، فأُلْحِقَ [١٣] ذِكرُه بالعدَمِ، بخلافِ الخمْرِ فإنّه يصْلُحُ عِوَضًا في الجملةِ لكَوْنِه مالاً مقدورَ التّسْليم، فلم يُلْحقْ بالعدَمِ وتَعَلّق العتقِ [١٤] بأدائها، ثُمّ إذا أدّتْ فعَتَقَتْ يُنْظَرُ إلى قيمَتِها فإنْ كانت

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «الشروط الفاسدة».
(٤) في المخطوط: «الشروط الفاسدة».
(٥) في المخطوط: «المكاتبة».
(٦) في المخطوط: «فإنه».
(٧) في المخطوط: «البدل».
(٨) في المخطوط: «كاتب عبده».
(٩) في المخطوط: «وانفساح».
(١٠) انظر في مذهب الأحناف: المبسوط (٨/ ٩).
(١١) في المخطوط: «لا يعتق».
(١٢) في المخطوط: «للعتق».
(١٣) في المخطوط: «فالتحق».
(١٤) في المخطوط: «التعليق».

قيمَتُها ألفَ درهم فلا شيءَ للمولى عليها، ولا لها على المولى؛ لأنّها مَضْمونةٌ بالقيمةِ لكَوْنِها مقبوضةً بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، والمقبوضُ بحُكم عقدٍ فاسِدٍ مَضْمونٌ؛ لأنّه يجبُ عليه رَدُّه وهو عاجِزٌ عن رَدِّ عَيْنِه فيَرُدُّ القيمةَ لقيامِها مقامَ العيْنِ، كذا ههنا، وجَبَ عليها رَدُّ نفسِها، وقد عَجَزَتْ لنُفوذِ العتقِ [فيها] (١) فتَرُدُّ القيمةُ وهي ألفُ درهم، وقد وصَلَ بتَمامِه إلى المولى، فلا يكونُ لأحدِهما بعدَ ذلك على صاحِبه سبيلٌ كما لو باعَ رجلٌ من آخَرَ عبدَه بألفِ درهمٍ، ورَطْلٍ من خمرٍ، وقَبَضَ البائعُ الألفَ وسَلّمَ العبدَ إلى المُشْتَري وهَلَكَ في يَدِه، لا يرجعُ أحدُهما على صاحِبه لوُصولِ ما يَسْتَحِقُّه البائعُ على المُشْتَري إليه فكذا ههنا.

وإنْ كانت قيمةُ الجاريةِ أكثَرَ من ألفٍ رَجَعَ المولى عليها بما زادَ على الألفِ؛ لأنّها مَضْمونةٌ بكَمالِ قيمَتِها، وما أدّتْ إليه كمالَ قيمَتِها، فيرجعُ عليها وصار هذا [٢/ ٢٠٣أ] كما إذا باعَ عبدَه من ذِمّيٍّ (٢) بألفٍ ورَطْلٍ من خمرٍ وقَبَضَ الألفَ وسَلّمَ العبدَ وهَلَكَ في يَدِ المُشْتَري، وقيمَتُه أكثَرُ من ألفٍ (٣) أنّه يرجعُ بما زادَ لما قُلْنا كذا هذا.

وإنْ كانت قيمةُ المُكاتَبةِ أقَلّ من الألفِ وأدّتِ الألفَ وعَتَقَتْ، هل تَرْجِعُ على المولى بما أخذ من الزّيادةِ على قيمَتِها؟

قال أصحابُنا الثّلاثةُ: ليس لها أنْ تَرْجِعَ، وقال زُفَرُ: لها أنْ تَرْجِعَ بالزّيادةِ على المولى.

وجه قولِه: «إنّ المولى أخذ منها زيادةً على ما يَسْتَحِقُّه عليها، فكانتِ الزّيادةُ مأخوذةً بغيرِ حقٍّ فيجبُ [عليه] (٤) رَدُّها كما في البيعِ الفاسِدِ إذا استَهْلَكَ المُشْتَري المبيعَ» أنّه إنْ كانت قيمَتُه أكثَرَ من الثّمَنِ يرجع (٥) البائعُ على المُشْتَري بالزّيادةِ، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلّ يرجع (٦) المُشْتَري على البائعِ بفَضْلِ الثّمَنِ كذا ههنا.

ولنا: أنّها لو رَجَعَتْ عليه لأدّى إلى إبْطال العتقِ؛ لأنّها عَتَقَتْ بأداءِ الكِتابةِ (٧) فلو لم

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «آخر».
(٣) في المخطوط: «الألف».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «رجع».
(٦) في المخطوط: «رجع».
(٧) في المخطوط: «المكاتبة».

يَسْلم المُؤَدّى للمولى لا يَسْلَمُ العتقُ للمُكاتَبةِ، والعتقُ سالِمٌ لها فيَسْلَمُ المُؤَدّى للمولى؛ لأنّ عقدَ المُكاتَبَةِ مُشْتَمِلٌ على المُعاوَضةِ وعلى التّعليقِ، واعتِبارُ جانِبِ المُعاوَضةِ يوجِبُ لها حقّ الرُّجوعِ عليه بما زادَ على القيمةِ، واعتِبارُ معنى التّعليقِ لا يوجِبُ لها حقّ الرُّجوعِ، كما لو قال لها: إنْ أدّيْتِ إليّ ألفًا فأنتِ حُرّةٌ، فأدّتْ ألفًا وخمسَمائةٍ، وقيمَتُها ألفٌ عَتَقَتْ ولا تَرْجِعُ عليه بشيءٍ، فيقعُ الشّكُّ في ثُبوتِ حقّ الرُّجوعِ فلا يَثْبُتُ مع الشّكّ.

وَكذا لو كاتَبَها وهي حامِلٌ على ألف [درهم على] [1] أنّ ما في بَطْنِها من ولدٍ فهو له وليس في المُكاتَبةِ، أو كاتَبَ أمةً [2] على ألفِ درهمٍ على أنّ كُلّ ولدٍ تَلِدُه فهو للسّيِّدِ، فالمُكاتَبَةُ فاسِدةٌ؛ لأنّه شرَطَ شرطًا مُخالِفًا لموجِبِ العقدِ؛ لأنّ موجِبَه أنْ يكونَ كُلُّ ولدٍ تَلِدُه يكونُ مُكاتَبًا تبَعًا لها فكان هذا شرطًا فاسِدًا وأنّه داخِلٌ في صُلْبِ العقدِ؛ لأنّه يرجعُ إلى البدَلِ فيوجِبُ فسادَ العقدِ وإنْ [3] أدّتِ الألفَ عَتَقَتْ لما قُلْنا، ثُمّ إذا عَتَقَتْ يُنْظَرُ إلى قيمَتِها وإلى المُؤَدّى على ما ذَكَرْنا [4].

وَكذا لو كاتَبَ [عبدَه] [5] على ألفِ درهمٍ، وعلى أنْ يَخْدُمَه ولم يُبيِّنْ مِقْدارَ الخدمةِ فأدّى الألفَ عَتَقَ لما قُلْنا، ثُمّ يُنْظَرُ إلى قيمَته وإلى الألف على ما وصَفْنا.

وَلو كاتَبَه على ألفٍ مُنَجّمةٍ على أنّه إنْ عَجزَ عن نَجْمٍ منها فمُكاتَبَتُه ألفا درهمٍ، لم تَجز هذه المُكاتَبَةُ لتَمَكُّنِ العُذْرِ في البدَلِ؛ لأنّه لا يَدْري أنّه يعجِزُ أو لا يعجِزُ، ويُمْكِنُ الجهالةُ فيه جَهالةً فاحِشةً، فيَفْسُدُ العقدُ ولِنَهْيِ النّبيِّ ﷺ عن صَفْقَتَيْنِ في صَفْقةٍ، وهذا كذلك.

وَلو كاتَبَه على ألفٍ يُؤَدّيها إلى غَريمٍ له فهو جائزٌ، وكذا إذا كاتَبَه على ألفٍ يَضْمَنُها لرجلٍ عن سَيِّدِه، فالمُكاتَبةُ والضّمانُ جائزانِ، بخلافِ البيعِ إذا باعَ عبدًا بألفِ درهمٍ يُؤَدّيها إلى فُلانٍ أو على أنْ يَضْمَنَها المُشْتَري عن البائعِ لفُلانٍ، أنّ البيعَ فاسِدٌ؛ لأنّ البيعَ يَفْسُدُ بالشّرطِ الفاسِدِ، وهو الشّرطُ المُخالِفُ لمُقْتَضى العقدِ، والكِتابةُ لا تَفْسُدُ بالشُّروطِ الفاسِدةِ إذا لم تَكُنْ [داخلة] [6] في صُلْبِ العقدِ، كما لو [7] كاتَبَه على ألفٍ على أنْ لا يَخْرُجَ من المِصْرِ أو لا يُسافِرَ، إلاّ أنّ هناك شرطَ الضّمانِ باطِلٌ وههنا جائزٌ؛ لأنّ ضَمانَ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أمته».
(٣) في المخطوط: «ولو».
(٤) في المخطوط: «قلنا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «إن».

المُكاتَب عن سَيِّدِه وكَفالَتَه عنه بما عليه مُقَيّدًا جائزٌ؛ لأنّ ذلك واجِبٌ عليه فلا يكونُ مُتَبَرِّعًا في الضّمانِ، وضَمانُ المُكاتَب عن الأجنَبيِّ إنّما لا يصحُّ لكَوْنِه مُتَبَرِّعًا ولم يوجدْ.

فَإِنْ [١] كاتَبَه على ألفِ درهم مُنَجَّمةً على أنْ يُؤَدّيَ إليه مع كُلِّ نَجْم ثَوْبًا، وسَمّى نوعَه جاز؛ لأنّ مُكاتَبَتَه على بَدَلٍ معلومٍ حيثُ سَمّى نوعَ الثّوب، فصار الألفُ مع الثّوب بَدَلاً [كامِلًا] [٢] وكُلُّ واحدٍ منهما معلومٌ. ألا تَرى أنّ كُلّ واحدٍ منهما لو انفَرَدَ في العقدِ جاز؟ وكذا إذا جَمع بينهما، وقد قال أصحابُنا: إنّه لو ذَكَرَ مثلَ ذلك في البيعِ جاز بأنْ يقول: بِعْتُك هذا العبدَ بألفِ درهمٍ على أنْ تُعْطيَني معه مائةَ دينارٍ، وتَصيرَ الألفُ والمائةُ دينارٍ ثَمَنًا لما قُلْنا كذا ههنا.

وكذلك إنْ [٣] قال: على أنْ تُعْطيَني مع كُلّ نَجْم عشرةَ دراهمَ، وكذلك لو قال على أنْ تُؤَدّيَ مع مُكاتَبَتِك ألفَ درهمٍ؛ لأنّ الكُلّ صار بَدَلاً في العقدِ.

وَلو كاتَبَه على ألفِ درهمٍ وهي قيمَتُه على أنّه إذا أدّى وعَتَقَ عليه، فعليه ألفٌ أُخرى جاز وكان [٤] الأمرُ على ما قاله [٥]، إذا أدّى الألفَ عَتَقَ وعليه ألفٌ أُخرى بعدَ العتقِ؛ لأنّه لو جعل الألفَيْنِ جميعًا بَدَلَ الكِتابةِ لَجاز، ولو جَعَلَهما جميعًا بعدَ العتقِ لَجاز، كذا إذا جعل البعضَ قبل العتقِ والبعضَ بعدَه اعتِبارًا للجزءِ بالكُلِّ. وَإنْ كاتَبَه على ألفِ درهمٍ على نفسِه ومالِه (يعني على) [٦] أنْ يكونَ المُكاتَبُ أحقّ بنفسِه ومالِه فهو جائزٌ.

وإنْ كان للعبدِ ألفٌ أو أكثرُ ولا يدخلُ بينه وبين عبدِه رِبًا، كذا ذَكَرَ في الأصلِ وفَرّقَ بينه وبين البيعِ [٢/ ٢٠٣ب]، إذا باعَ عبدَه مع مالِه بألفِ درهمٍ، ومالُ العبدِ ألفُ درهمٍ أنّه لا يجوزُ البيعُ؛ لأنّ الألفَ يُقابلُ الألفَ فيَبْقَى العبدُ زيادةً في عقدِ المُعاوَضةِ [٧] لا يُقابلُها عِوَضٌ فيكونَ رِبًا ولا يتحقّقُ الرِّبا ههنا؛ لأنّ الرِّبا لا يَجْري بين العبدِ وسَيِّدِه، هذا معنى ما أشارَ إليه في الأصلِ.

ثُمّ مالُ العبدِ ما يَحْصُلُ [٨] بعدَ العقدَ بتِجارَتِه أو بقَبولِ الهِبةِ والصّدَقةِ لأنّ ذلك يُنْسَبُ

---

(١) في المخطوط: «وإن».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لو».
(٤) في المخطوط: «فكان».
(٥) في المخطوط: «قال».
(٦) في المخطوط: «على أن يعني».
(٧) في المخطوط: «المعاوضات».
(٨) في المخطوط: «كان حاصلاً».

إلى العبدِ ولا يدخلُ فيه ما كان من مالِ المولى في يَدِ العبدِ وقتَ العقدِ؛ لأنّ ذلك لا يُنْسَبُ إلى العبدِ ولا يدخلُ فيه الأرشُ والعُقْرُ، وإنْ حَصَلا بعدَ العقدِ يكنْ [1] للمولى؛ لأنّه [2] لا يُنْسَبُ إلى العبدِ بخلافِ بيعِ (الدّرهمِ بالدّرهمَيْنِ) [3] أنّه لا يجوزُ ويكونُ رِبًا؛ لأنّ مُرادَ محمّدٍ من [4] قولِه أنّه لا يَجْري الرِّبا بين العبدِ [و] [5] سَيِّدِه فيما ليس بمُعاوَضةٍ مُطْلَقةٍ.

والكِتابةُ وإنْ كان فيها [معنى] [6] المُعاوَضةِ فليستْ بمُعاوَضةٍ مُطْلَقةٍ، وجَرَيانُ الرِّبا يختصُّ بالمُعاوَضاتِ [7] المُطْلَقةِ بخلافِ بيعِ (الدّرهمِ بالدّرهمَيْنِ) [8]؛ لأنّ ذاكَ مُعاوَضةٌ مُطْلَقةٌ؛ لأنّ المولى كالأجنَبيِّ عن كسْبِ المُكاتَبِ فهو الفرقُ.

ولو [9] اختَلَفا فقال المولى: كان هذا قبل عقدِ المُكاتَبةِ [10]، وقال المُكاتَبُ: كان [ذلك] [11] بعدَ العقدِ فالقولُ قولُ المُكاتَبِ؛ لأنّ الشّيءَ في يَدِه فكان الظّاهرُ شاهدًا له فكان القولُ قوله .

وَلو قال العبدُ: كاتِبني على ألفِ درهم على أنْ أُعطيَها من مالِ فُلانٍ، فكاتَبه على ذلك جازَتِ الكتابة [12]؛ لأنّ هذا شرطٌ فاسِدٌ، (والشُّروطُ الفاسِدةُ لا تُبْطِلُ الكِتابةَ) [13] إذا لم تَكُنْ داخِلةً في صُلْبِ العقدِ، فلو كاتَبه على ألفِ درهم على أنّه بالخيارِ أو على أنّ العبدَ بالخيارِ يومًا أو يومَيْنِ أو ثلاثةَ أيّامٍ جاز؛ لأنّ دَلائلَ جَوازِ الكِتابةِ (لا توجِبُ الفصلَ) [14] ولأنّ الحاجةَ قد تَدْعو إلى شرطِ الخيارِ في المُكاتَبةِ كما تَدْعو إليه في البيعِ وهو الحاجةُ إلى التّأمُّلِ، ولأنّ الكِتابةَ عقدٌ قابلٌ للفسخِ ولا يُعْتَبَرُ فيه القبْضُ في المجلسِ فجاز أنْ يَثْبُتَ فيه خيارُ الشّرطِ كالبيعِ .

فإنْ قِيلَ: ثُبوتُ الخيارِ في البيعِ استِحْسانٌ عندَكُم فلا يجوزُ قياسُ غيرِه عليه .

---

(١) في المخطوط: «ويكون».
(٢) في المخطوط: «لأن ذلك».
(٣) في المخطوط: «الدراهم بالدراهم».
(٤) في المطبوع: «في».
(٥) في المخطوط: «وبين».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «بالمعاوضة».
(٨) في المخطوط: «الدراهم بالدراهم».
(٩) في المخطوط: «وإن».
(١٠) في المخطوط: «الكتابة».
(١١) ليست في المخطوط.
(١٢) في المطبوع: «الكتابة».
(١٣) في المخطوط: «والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة».
(١٤) في المخطوط: «لا تفصل».

فالجوابُ: ما ذَكَرْنا أنّ عندَنا يجوزُ القياسُ على موضِعِ الاستِحْسانِ بشرطِه [١] وهو أنْ يكونَ الحُكمُ في موضِعِ الاستِحْسانِ معقول المعنى، ويكونَ مثلُ ذلك المعنى موجودًا في موضِعِ القياسِ، وقد وُجِدَ ههنا على ما ذَكَرْنا ولا يجوزُ شرطُ الخيارِ فيه أكثَرَ من ثلاثةِ أيّام في قولِ أبي حنيفةَ فإنْ أبْطَلَ خيارَه في الأيّامِ الثّلاثةِ جاز كالبيعِ وإنْ لم يُبْطِلْ [خياره] [٢] حتى مَضَتْ ثلاثةُ أيّامٍ تقرر [٣] الفسادُ كما في البيعِ وعندَهما يجوزُ قَلّتِ المُدّةُ أو كثُرَتْ بعدَ أنْ كانت معلومةً من شهرٍ أو نحوِ ذلك كما في البيعِ .

فَصْلٌ [فيما يملك المكاتب من التصرفات]

وأمّا بيانُ ما يملكه [٤] المُكاتَبُ من التّصرُّفاتِ وما لا يملِكُه فلَه أنْ يَبيعَ ويشتريَ؛ لأنه وجب عليه أداء [٥] بدل الكتابة ولا يمكنه [٦] الأداء إلا بالاكتساب، والبيع والشراء اكتساب؛ (ولأن المكاتبة إذن) [٧] في التِّجارةِ والبيعُ والشِّراءُ من باب التِّجارةِ، وله أنْ يَبيعَ بقَليلِ الثّمَنِ وكَثيرِه وبأيِّ جِنْسٍ كان وبالنّقْدِ وبالنّسيئةِ في قولِ أبي حنيفةَ .

وعندَهما: لا يملِكُ البيعَ إلاّ بما يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه وبالدّراهمِ والدّنانيرِ وبالنّقْدِ لا بالنّسيئةِ؛ كالوكيلِ بالبيعِ المُطْلَقِ وهي من مسائلِ (كِتاب الوكالةِ) .

وله أنْ يَبيعَ ويشتريَ من مولاه؛ لأنّ المُكاتَبَ فيما يرجعُ إلى مَكاسِبه ومَنافِعِه كالحُرِّ فكان فيها بمنزلةِ الأجنَبيِّ، فيجوزُ بيعُه من مولاه وشراؤُه منه كما يجوزُ ذلك من الأجنَبيِّ إلاّ أنّه لا يجوزُ [له] [٨] أنْ يَبيعَ ما اشترى من مولاه مُرابَحةً إلاّ أنْ يُبيِّنَ، وكذلك المولى فيما اشترى منه؛ لأنّ بيعَ المُرابَحةِ بيعُ أمانةٍ فيجبُ [٩] صيانَتُه عن الخيانةِ وشُبْهةِ الخيانةِ ما أمكَنَ، وكَسْبُ المُكاتَب مالَ المولى من وجهٍ فيجبُ أنْ يُبيِّنَ حتّى تَرْتَفِعَ الشُّبْهةُ، ولا يجوزُ له أنْ يَبيعَ من مولاه درهمًا بدرهمَيْنِ؛ لأنّه بعقدِ المُكاتَبةِ صار أحقّ بمَكاسِبه فصار كالأجنَبيِّ في المُعاوَضةِ المُطْلَقةِ .

وكذا لا يجوزُ ذلك للمولى لما بيّنّا، وله أنْ يأذَنَ لعبدِه في التِّجارةِ؛ لأنّ الإذنَ في

---

(١) في المخطوط: «بشريطة».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «يتمكن».
(٤) في المطبوع: «يملك».
(٥) في المطبوع: «إذن».
(٦) في المطبوع: «يمكن».
(٧) في المطبوع: «ولأنه صار مأذونًا».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «فتجب».

التِّجارةِ وسيلةٌ إلى الاكتِساب، والمُكاتَبُ مأذونٌ في الاكتِساب فإنْ لَحِقَه دَيْنٌ بيعَ فيه إلاّ أنْ يُؤَدّيَ عنه المُكاتَبُ؛ لأنّ إذنَه [١] قد صَحّ فصَحّتِ استِدانَتُه فيُباعُ فيه كما في عبدِ الحُرِّ، وله أنْ يَحُطّ [عنه] [٢] شيئًا بعدَ البيعِ لعَيْبٍ ادُّعيَ عليه أو يَزيدَ في ثَمَنِ شيءٍ قد اشتَراه؛ لأنّه بالكِتابةِ صار مأذونًا بالتِّجارةِ وهذا من عَمَلِ التِّجارةِ وليس له أنْ يَحُطّ بعدَ البيعِ بغيرِ عَيْبٍ .

ولو فعَلَ لم يَجز؛ لأنّه من باب التَّبَرُّعِ وهو لا يملِكُ التَّبَرُّعَ، وله أنْ يَرُدّ ما اشترى بالعيب إذا لم يَرْضَ به سَواءٌ اشترى من أجنَبيٍّ أو من مولاه؛ لأنّه أولى بكَسْبه من مولاه فصار كالعبدِ المأذونِ إذا كان عليه دَيْنٌ، وله الشُّفْعةُ فيما اشتَراه [٢/ ٢٠٤أ] [المولى، وللمولى الفعة فيما اشتراه] [٣] المُكاتَبُ؛ لأنّ أملاكَهما مُتَمَيِّزةٌ ولهذا جاز بيعُ أحدِهما من صاحِبه فصارا كالأجنَبيّيْنِ وله أنْ يأذَنَ لعبدِه في التِّجارةِ؛ لأنّه من باب الاكتِساب، وَلا تجوزُ هِبةُ المُكاتَب شيئًا من مالِه، ولا إعتاقُه، سَواءٌ عَجَزَ بعدَ ذلك أو عَتَقَ وترك وفاءً؛ لأنّ هذا كُلّه تبَرُّعٌ، وكَسْبُ المُكاتَب لا يحتملُ التَّبَرُّعَ .

وحُكِيَ عن ابن أبي لَيْلى أنّه قال: عِتْقُه وهِبَتُه موقوفانِ فإنْ عَتَقَ يومًا مضى ذلك عليه، وإنْ رَجَعَ مَمْلوكًا بَطَلَ ذلك .

وجه قوله: إنّ حالَ المُكاتَب موقوفٌ بين أنْ يعتِقَ وبين أنْ يعجِزَ فكذا حالُ عِتْقِه وهِبَتِه، والجوابُ أنّ العقدَ عندَنا إنّما يتوَقّفُ إذا كان له مُجيزٌ حالَ وُقوعِه، وههنا لا مُجيزَ لعِتْقِه حالَ وُقوعِه فلا يتوَقّفُ، فإذا وهَبَ هِبةً أو تَصَدّقَ ثُمّ عَتَقَ رُدّتْ إليه الهِبةُ والصّدَقةُ حيثُ كانت؛ لأنّ هذا عقدٌ لا مُجيزَ له حالَ وُقوعِه فلا يتوَقّفُ، وسَواءٌ كان الإعتاقُ بغيرِ بَدَلٍ أو ببَدَلٍ، أمّا بغيرِ بَدَلٍ فلِما قُلْنا . وأمّا ببَدَلٍ فلأنّ الإعتاقَ ببَدَلٍ ليس من باب الاكتِساب؛ لأنّ العتقَ فيه يَثْبُتُ بنفسِ القبولِ، ويَبْقَى البدَلُ في ذِمّةِ المُفْلِسِ، ولا يملِكُ التّعليقَ كما لا يملِكُ التّنْجيزَ كما لو قال له: إنْ دخلت الدّارَ فأنتَ حُرٌّ لا يصحُّ .

وكذا إذا قال له: إنْ أدّيْت إلَيّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ لا يصحُّ، لأنّ ذلك تَعليقٌ وليس بمُكاتَبةٍ لما ذَكَرْنا في (كِتاب العتاقِ [٤])، [وَللمُكاتَب أنْ يُكاتِبَ عبدًا من أكسابه استِحْسانًا،

---

(١) في المخطوط: «الإذن».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «العتق».

والقياسُ أنْ لا يجوزَ؛ لأنّه عقدٌ يُفْضي إلى العتقِ فلا يجوزُ، كما لو أعتَقَه على مالٍ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُكاتَبَةَ نوعُ اكتِساب المالِ، والمُكاتَبُ يملِكُ اكتِسابَ المالِ، ولهذا مَلَكَ البيعَ وكذا المُكاتَبَةُ، بخلافِ الإعتاقِ على مالٍ فإنّ ذلك ليس باكتِساب المالِ.

ألا تَرَى أنّ المُكتَسِبَ بعدَ الإعتاقِ لا يكونُ له بل يكونُ للعبدِ؟ وإنّما المُكاتَبُ له دَيْنٌ تَعلّقَ بذِمّةِ المُفْلِسِ فكان ذلك إعتاقًا بغيرِ بَدَلٍ من حيثُ المعنى، وفي المُكاتَبَةِ المكسَبُ يكونُ للمُكاتَب فلم يكنْ إعتاقًا بغيرِ بَدَلٍ فافتَرَقا] [١].

(وَكذا لو) [٢] اشترى المُكاتَبُ ذا رَحِمٍ محرَمٍ منه لا يعتِقُ؛ لأنّ شراءَ القريب إعتاقٌ وهو لا يملِكُ، الإعتاقَ ولو اشترى ذا رَحِمٍ محرَمٍ من مولاه لا يعتِقُ على مولاه؛ لأنّ هذا كسْبُ المُكاتَب، والمولى لو أعتَقَ عبدًا من أكسابه صَريحًا لا يعتِقُ فبالشِّراءِ أولى [فإنْ أدّى الأعلى أوّلاً عَتَقَ وثَبَتَ ولاؤُه من المولى؛ لأنّ العتقَ حَصَلَ منه [وللمكاتب أن يكاتب عبدًا من أكسابه استحسانًا، والقياس أن لا يجوز؛ لأنه عقد يفضي إلى العتقِ فلا يجوز كما لو أعتقه على مال.

وجه الاستحسان: أن المكاتبة نوعٌ من اكتساب المال، والمكاتب يملك اكتساب المال؛ ولهذا ملك البيع، فكذا المكاتبة بخلاف الإعتاق على مالٍ، فإن ذلك ليس من باب اكتساب المال، ألا ترى أن الكسب بعد الإعتاق لا يكون له بل يكون للعبد، وإنما الثابت له دين متعلق بذمة المفلس، فكان ذلك إعتاقًا بغير بدل من حيث المعنى، وفي المكاتب: الكسب يكون للمكاتب، فلم يكن إعتاقًا بغير بدلٍ فافترقا، فإن أدى أولاً عتق وثبت ولاؤه من المولى؛ لأن العتق حصل منه] [٣]، فإذا أدّى الأسفَلُ بعدَ ذلك يَثْبُتُ ولاؤُه من الأعلى لأنّه بالعتقِ صار من أهلِ ثُبوتِ الولاءِ منه وإنْ أدّى الأسفَلُ أوّلاً يعتِقْ ويَثْبُتْ ولاؤُه من المولى ولا يَثْبُتُ من الأعلى لأنّه ليس من أهلِ ثُبوتِ الولاءِ [منه] [٤]، فإنْ عَتَقَ [٥] بعدَ ذلك لا يرجِعُ إليه الولاءُ؛ لأنّ ولاءَ العتاقةِ مَتَى ثَبَتَ لا يحتمِلُ الانتِقال بحالٍ وإنْ أدّيا جميعًا مَعًا ثَبَتَ ولاؤُهما مَعًا [٦] من

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ولو».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «أعتق».
(٦) في المخطوط: «جميعًا».

المولى، وَليس للمُكاتَب أنْ يُكاتِبَ ولدَه ولا والديه [١].

والأصلُ أنّ كُلّ مَنْ لا يجوزُ له أنْ يَبيعَه لا يجوزُ له أنْ يُكاتِبَه إلاّ أُمّ ولدِه؛ لأنّ هؤلاء يعتِقونَ بعِتْقِه فلا يجوزُ أنْ يَسْبقَ عِتْقُهم عِتْقَه، ولأنّهم قد دخلوا في كِتابةِ المُكاتَب فلا يجوزُ أنْ يُكاتَبوا ثانيًا، بخلافِ أُمّ الولدِ، وَلا يملِكُ التّصدُّقَ إلاّ بشيءٍ [يَسيرٍ] [٢] حتّى لا يجوزَ له أنْ يُعْطيَ فقيرًا درهمًا ولا أنْ يَكسوه ثَوْبًا، وكذا لا يجوزُ أنْ يُهْديَ إلاّ بشيءٍ قَليلٍ من المأكولِ وله أنْ يَدْعوَ إلى الطّعامِ؛ لأنّ ذلك من عَمَل التُّجّارِ .

وقد رُوِيَ أنّ سَلْمانَ رضي الله عنه أهدَى إلى رسولِ اللّه ﷺ وكان مُكاتَبًا فقَبلَ ذلك منه [٣]، وكذا رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ كان يُجيبُ دَعْوةَ الممْلوكِ [٤] ولأنّ ذلك وسيلةٌ إلى أداءِ مالِ [٥] الكِتابةِ لأنّه يَجْذِبُ قُلوبَ النّاسِ فيَحمِلُهم ذلك على الإهْداءِ إليه فيُمَكّنُ من أداءِ بَدَلِ الكتابةِ .

وَيملِكُ الإجارةَ والإعارةَ والإيداعَ؛ لأنّ الإجارةَ من التّجارةِ ولهذا مَلَكَها المأذونُ بالتّجارةِ والإعارةِ والإيداعِ من عَمَلِ (التُّجّارِ وضَروراتِ) [٦] التّجارةِ، وَلا يجوزُ له أنْ يُقْرِضَ؛ لأنّ القرضَ تَبَرُّعٌ بابتِدائه .

وقيلَ: معنى قولِه: لا يجوزُ أي لا يَطيبُ للمُسْتقرِضِ أكلُه، لا أنْ لا يملِكَه المُسْتقرِضُ، حتّى إنه لو تَصَرّفَ فيه نَفَذَ تَصَرُّفُه؛ لأنّه تَصَرُّفٌ في ملكِه ويكونُ المُسْتقرِضُ مَضْمونًا عليه، وهذا كما قُلْنا في (حقِّ الإعتاقِ) [٧] أنّه لا يجوزُ، ومعناه أنّه لا يَطيبُ له أكلُه لكنّه [٨] يكون مَضْمونًا عليه، حتّى لو كان عبدًا فأعتقَه نَفَذَ إعتاقُه لأنّه أعتَقَ ملكَ نفسِه كذا قَرْضُ المُكاتَب، وَلا تجوزُ وصيّتُه؛ لأنّها تَبَرُّعٌ، وَلا تجوزُ كفالةُ المُكاتَب بالمالِ ولا بالنّفسِ بإذنِ المولى، ولا بغيرِ إذنِه؛ لأنّها تَبَرُّعٌ .

---

(١) في المطبوع: «والده». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٣٢٧)، برقم (١٠٥٥٨)، من حديث سلمان الفارسي رضي الله عنه.

(٤) أخرجه ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: ما للعبد أن يعطي ويتصدق، برقم (٢٢٩٦)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه.

(٥) في المخطوط: «بدل». (٦) في المخطوط: «التجارة وضروب».

(٧) في المخطوط: «فرض الأعيان». (٨) في المخطوط: «و».

أمّا الكفالةُ بالنّفسِ فلأنّها التِزامُ تَسْليمِ النّفسِ من غيرِ عِوَضٍ، والكفالةُ بالمالِ التِزامُ تَسْليمِ المالِ من غيرِ عِوَضٍ إنْ كانت بغيرِ إذنِ المكفولِ [٢/ ٢٠٤ب] عنه، وإنْ كانت بإذنِه فهي، وإنْ كانت مُبادَلةً في الانتِهاءِ فهي تَبَرُّعٌ في الابتِداءِ، والمُكاتَبُ ليس من أهلِ التَبرُّعِ، وسَواءٌ أذِنَ له المولى فيها أو لم يأذَنْ؛ لأنّ له المولى لا يملِكُ كسْبَه فلا يصحُّ إذنُه بالتّبرُّعِ [به] [1].

وَيجوزُ له أنْ يتوكّلَ بالشّراءِ وإنْ كان ذلك يوجِب ضَمانًا عليه للبائعِ وهو الثّمَنُ؛ لأنّ عندَ بعضِ مَشايِخِنا: ملكُ المبيعِ يَثْبُتُ له أوّلاً ثُمّ يَنْتَقِلُ منه إلى الموَكّلِ، فصار كالبيعِ منه وعندَ بعضِهم: إنْ [2] كان لا يَثْبُتُ له لكنِ الوكالةُ من ضَروراتِ التّجارةِ فإنْ أدّى فعَتَقَ لَزِمَتْه الكفالةُ؛ لأنّ الكفالةَ وقَعَتْ صَحيحةً في حقِّه؛ لأنّه أهلٌ إلاّ أنّه لا يُطالَبُ به في الحالِ لأنّه لم يصحّ في حقّ المولى، فإذا عَتَقَ فقد زالَ حقُّ المولى فيُطالَبُ به كالعبدِ المحجورِ إذا كُفِلَ ثُمّ عتَقَ، بخلافِ الصّبيِّ إذا كُفِلَ ثُمّ بَلَغَ؛ لأنّ الصّبيّ ليس من أهلِ الكفالةِ؛ لأنّه ليس له قولٌ صَحيحٌ في نفسِه، بخلافِ العبدِ تَصَرّفَ في ملكِه .

وَتجوزُ كفالتُه عن سَيِّدِه؛ لأنّ بَدَلَ الكِتابةِ واجِبٌ عليه فلم يكنْ مُتبَرّعًا بها، والأداءُ إليه وإلى غيرِه سَواءٌ .

وَهل يجوزُ له قَبولُ الحوالةِ؟فهذا على وجهَيْنِ، إنْ كان عليه دَيْنٌ لإنسانٍ وعلى صاحِبِ الدّيْنِ دَيْنٌ لآخَرَ فأحالَه على المُكاتَب فهو جائزٌ؛ لأنّه ضَمِنَ مالاً كان واجِبًا عليه فلم يكنْ مُتبَرِّعًا ولا فرقَ بين أنْ يُؤَدّيَ إلى هذا أو إلى غيره .

وإنْ كان لإنسانٍ على آخرَ دَيْنٌ فأحالَه على المُكاتَب وقَبلَ الحوالةَ وليس عليه دَيْنٌ للّذي أحالَ عليه لا يجوزُ؛ لأنّه تَبَرُّعٌ، وله أنْ يُشارِكَ آخر [3] شركةَ عِنانٍ، وليس له أنْ يُشارِكَه شركةَ مُفاوَضةٍ؛ لأنّ مبنَى المُفاوَضةِ على الكفالةِ، وهو ليس من أهلِ الكفالةِ وشركةُ العِنانِ غيرُ مبنيّةٍ على الكفالةِ بل على الوكالةِ، والمُكاتَبُ من أهلِ الوكالةِ .

وَلو كاتَبَ الرّجُلُ عبدَيْنِ له مُكاتَبةً واحدةً على ألفِ درهمٍ على أنّ كُلّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحِبه فهذه المسألةُ على ثلاثةِ أوجُهٍ :

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وإن».
(٣) في المطبوع: «حرًّا».

إمّا أنْ كاتَبَهما على مالٍ وجعل كُلّ واحدٍ منهما كفيلاً عن صاحِبه . وإمّا أنْ كاتَبَهما على مالٍ ولم يَجْعَلْ كُلّ واحدٍ منهما كفيلاً عن صاحِبه، [ولكنّه قال: إنْ أدّيا عَتَقا، وإنْ عَجَزا رُدّا في الرِّقّ .

وإمّا أنْ كاتَبَهما على مالٍ ولم يَكفُلْ كُلّ واحدٍ منهما عن صاحِبه] [١] ولم يَقُلْ أيضًا إنْ أدّيا عَتَقا وإنْ عَجَزا رُدّا في الرِّقّ، أمّا إذا كاتَبَهما على أنّ كُلّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحِبه فالقياسُ أنْ لا تجوزَ هذه الكِتابةُ، وفي الاستِحْسانِ تجوزُ إذا قَبلا .

وجه القياسِ: أنّ هذه كِتابةٌ بشرطِ الكفالةِ، وكَفالةُ المُكاتَب عن غيرِ المولى لا تَصحُّ ولأنّه كفالةٌ ببَدَلِ الكِتابةِ، والكفالةُ ببَدَلِ الكِتابةِ باطِلةٌ .

وجه الاستِحْسانِ: أنّ هذا ليس بكَفالةٍ في الحقيقةِ بل هو تَعليقُ العتقِ بالأداءِ، والمولى يملِكُ تَعليقَ عِتْقِهما بأداءِ كُلٍّ واحدٍ منهما ولو فعَلَ [٢] هكذا كان جائزًا كذلك هذا .

وأمّا إذا كاتَبَهما على ألفِ درهمٍ على أنّهما إنْ أدّيا عَتَقا وإنْ عَجَزا رُدّا في الرِّقّ فكذلك الجوابُ في قولِ علمائنا الثّلاثةِ، وعندَ زُفَرَ كُلُّ واحدٍ منهما مُكاتَبٌ على حِدةٍ فأيُّهما أدّى حِصّتَه يعتِقُ .

وجه قولِه: أنّ كُلّ واحدٍ منهما يَلْزَمُه كِتابةُ نفسِه خاصّةً فلا يجبُ [٣] عليه كِتابةُ غيرِه، ما لم يشترِطا [٤]، ولم يوجدِ الشّرطُ .

ولنا: أنّ المولى عَلّقَ عِتْقَهما بأداءِ الألفِ فما لم يوجدْ لا يقعُ العتقُ، كما إذا قال لعبدَيْنِ له: إنْ دخلتُما هذه الدّارَ فأنتُما حُرّانِ، فدخلَ أحدُهما لا يعتِقُ ما لم يدخلا جميعًا، فكذلك ههنا لا يعتِقُ واحدٌ منهما إلاّ بأداءِ الألفِ، وإذا لم يعتِقْ واحدٌ منهما إلاّ بأداءِ الألفِ صار جميعُ الألفِ على كُلٍّ واحدٍ منهما فصار كما إذا كفَلَ كُلُّ واحدٍ منهما عن صاحِبه .

ونَظيرُ هذا الاختلافِ ما قالوا في كِتاب الطّلاقِ والعتاقِ: إنّ مَنْ قال لامرأتَيْنِ له: إنْ شئتُما فأنتُما طالقانِ أو قال لعبدَيْنِ له: إنْ شئتُما فأنتُما حُرّانِ أنّه على قولِ زُفَرَ أيُّهما شاء

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كفل».
(٣) في المخطوط: «تجب».
(٤) في المخطوط: «يشترط».

يعتِقُ، وانصَرَفَ مَشيئةُ كُلِّ واحدٍ منهما إلى عِتْقِ نفسِه، وطلاقِ نفسِها، وفي قولِ علمائنا الثّلاثةِ ما لم توجَدْ مَشيئَتُهما جميعًا في طلاقَيْهما جميعًا (أو في) [1] عِتقَيْهما جميعًا لا يعتِقُ واحدٌ منهما كذلك ههنا .

وأمّا الفصلُ الثّالِث: وهو ما إذا كاتَبَهما على ألفِ درهمٍ ولم يَقُلْ إنْ أدّيا عَتَقا وإنْ عَجَزا رُدّا في الرّقِّ فأيُّهما أدّى حِصّتَه فإنّه يعتِقُ في قولِهم جميعًا ؛ لأنّه لم يُعَلِّقْ عِتْقَهما بأدائهما جميعًا فانصَرَفَ نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهما إليه خاصّةً، وصار كُلُّ واحدٍ منهما مُكاتَبًا على حِدةٍ ثُمّ إذا كاتَبَهما كِتابةً واحدةً فأدّى أحدُهما شيئًا منه كان له أنْ يرجعَ على صاحِبه بنصفِه، بخلافِ ما إذا كان الدّيْنُ على رجلَيْنِ وكُلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحِبه فأدّى أحدُهما شيئًا، أنّه لا يرجعُ على صاحِبه ما لم يُجاوِزِ النِّصفَ فإذا جاوَزَ النِّصفَ يرجعُ على صاحِبه بالزّيادةِ .

وجه الفرقِ: أنّ في مسألَتِنا هذه لو جَعَلْنا أداءً عن نفسِه أدّى ذلك إلى تَغْييرِ شرطِ المولى ؛ لأنّه يعتِقُ، ومن [2] شرطِ المولى عِتْقُهما جميعًا . فإذا كان الأمرُ [٢/ ٢٠٥أ] هكذا فكان أداؤُه عن نفسِه وعن صاحِبه حتّى لا يُؤَدّيَ إلى تَغَيُّرِ [3] شرطِ المولى، وهذا المعنى لم يوجدْ في تلك المسألةِ، فإنّ أداءَه [4] عن نَفَسِه لا يُؤَدّي إلى تَغَيُّرِ [5] شرطِ المولى فكان أداؤُه عن نفسِه إلى النِّصفِ؛ لأنّ نصفَ الدّيْنِ عليه فإنْ مات أحدُ المُكاتَبينِ لا يَسْقُطُ شيءٌ من الكِتابةِ ويُؤْخَذُ من الحيِّ جميعُ الكِتابةِ، وبمثلِه لو أعتَقَ أحدَهما سَقَطَتْ حِصّتُه .

ووَجه الفرقِ بينهما: أنّ الميِّتَ من أهلِ أنْ تكونَ عليه الكِتابةُ ألا تَرَى أنّ المُكاتَبَ إذا مات عن وفاءٍ يُؤَدّى كِتابَتُه؟ وكذا لو ترك ولدًا تُؤْخَذُ منه الكِتابةُ؟ فأمّا المُعْتَقُ فليس من أهلِ أنْ تجبَ عليه الكِتابةُ .

ألا تَرَى أنّ المُكاتَبَ لو كان واحدًا فأعتَقَه المولى بَطَلَتْ عنه الكِتابةُ، وكذلك ههنا تَبْطُلُ حِصّتُه والمولى بالخيارِ إنْ شاء أخذ بحِصّتِه المُكاتَبَ، وإنْ شاء أخذ المُعْتَقَ بحقِّ

---

(١) في المخطوط: «وفى».
(٢) في المخطوط: «وفي».
(٣) في المخطوط: «تغيير».
(٤) في المخطوط: «أداه».
(٥) في المخطوط: «تغيير».

الكفالةِ، فإنْ أخذ المُكاتَبَ لا يرجعُ عليه؛ لأنّه أدّى دَيْنَ نفسِه وإنْ أخذ المُعْتَقَ وأدّى رَجَعَ على المُكاتَب؛ لأنّه كفيلُه، وَلا يجوزُ للمُكاتَب أنْ يَتزوّجَ بغيرِ إذنِ مولاه .

وكذا المُكاتَبةُ؛ لأنّ المُكاتَبَ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ وقد قال رسولُ اللّه ﷺ: «أيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ، فَهُوَ عَاهِرٌ» (١) ولأنّ المولى يملِكُ رَقَبةَ المُكاتَب، والمُكاتَبُ يملِكُ مَنافِعَه ومَكاسِبَه فصار بمنزلةِ عبدٍ مُشْتَرَكٍ بين اثنَيْنِ، أنّه لا يَنْفَرِدُ أحدُهما بالنّكاحِ ولا يُزوِّجُ ابنَه وابنَتَه؛ لأنّ جَوازَ الإنْكاحِ يعتَمِدُ الوِلايةَ ولا وِلايةَ له إذْ هو عبدٌ ولا يُزوِّجُ عبدَه لما قُلْنا ويُزوِّجُ أمَتَه ومُكاتَبَتَه؛ لأنّ تَزْويجَهما من باب الاكتِساب، وعقدُ الكِتابةِ عقدُ اكتِساب المالِ، بخلافِ تَزْويجِ العبدِ؛ لأنّه يتعَلّقُ المهرُ برَقَبَتِه فلم يكنِ اكتِسابًا .

وَيجوزُ إقرارُه بالدَّيْنِ واستيفاؤُه؛ لأنّ ذلك من ضَروراتِ التِّجارةِ، والمُكاتَبةُ إذنٌ بالتِّجارةِ (فكان هو) (٢) إذنًا بما هو من ضَروراتِ التِّجارةِ .

وَلا تجوزُ وصيّةُ المُكاتَب في مالِه وإنْ ترك وفاءً، أمّا إذا لم يَتْرُك وفاءً فلا شَكّ فيه؛ لأنّه مات عبدًا فلا تجوزُ وصيّتُه . وأمّا إذا ترك وفاءً فلأنّا وإنْ حَكَمْنا بعِتْقِه فإنّما حَكَمْنا به قُبيلَ الموتِ بلا فصلٍ، وتلك السّاعةُ لَطيفةٌ لا تَتّسِعُ للفظِ الوصيّةِ .

ولو أوصَى ثُمّ أدّى الكِتابةَ في حالِ حَياتِه وعَتَقَ فإنّ وصيّتَه على ثلاثةِ أوجُهٍ: في وجهٍ لا تجوزُ بالإجماعِ، وفي وجهٍ تجوزُ بالإجماعِ، وفي وجهٍ اختَلَفوا فيه . فأمّا الوجه الذي تجوزُ بالإجماعِ فهو أنْ يقول: إذا أُعْتِقْت فثُلُثُ مالي وصيّةٌ فأدّى فعَتَقَ ثُمّ مات صَحّتْ وصيّتُه بالإجماعِ؛ لأنّه أضافَ الوصيّةَ إلى حالِ الحُرّيّةِ، والحُرُّ من أهلِ الوصيّةِ .

وأمّا الوجه الذي لا تجوزُ بالإجماعِ: وهو أنْ يوصيَ بعَيْنِ مالِه لرجلٍ فأدّى فعَتَقَ ثُمّ مات لا يجوزُ؛ لأنّه ما أضافَ الوصيّةَ، إلى حالِ الحُرّيّةِ وإنّما أوصَى بعَيْنِ مالِه فيتعَلّقُ بملكِه في ذلك الوقتِ وهو ملكُ المُكاتَب، وملكُ المُكاتَب لا يحتملُ التّبرُّعَ فلا يجوزُ إلاّ إذا أجاز تلك الوصيّةَ بعدَ العتقِ فتجوزُ؛ لأنّ الوصيّةَ مِمّا تَجوزُ بِلَفْظِ الإجازة، بدَليلِ أنّ رجلاً لو قال [لوَرَثَتِه] (٣): أجَزْت لَكُم أنْ تُعْطوا ثُلُثَ مالي فُلانًا كان ذلك منه وصيّةً . وأمّا الوجه الذي اختَلَفوا فيه، فهو ما إذا أوصَى بثُلُثِ مالِه ثُمّ أدّى وعَتَقَ ثُمّ مات، قال أبو حنيفةَ: لا

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «فكانت».
(٣) ليست في المخطوط.

تجوزُ الوصيّةُ إلاّ أنْ يجيزوها بعدَ العتقِ؛ لأنّها تَعلّقَتْ بملكِ المُكاتَب، وملكُه لا يحتملُ المعروفَ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: تجوزُ وهذا نَظيرُ ما ذَكَرْنا في كِتاب العتاقِ أنّه إذا قال العبدُ أو المُكاتَبُ: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه إذا أُعْتِقْت فهو حُرٌّ، (فأعتَقَ ثُمّ مَلَكَ) [1] مَمْلوكًا [أنه] [2] يعتِقُ بالإجماعِ، ولو لم يَقُلْ: إذا أعتقتُ لا يعتِقُ بالإجماعِ.

ولو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ أملِكُه فيما أستقبلُ فهو حُرٌّ فعَتَقَ ومَلَكَ مَمْلوكًا لا يعتِقُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما يعتِقُ، والحُجَجُ على نحوِ ما ذَكَرْنا في العتاقِ.

وَيجوزُ للمُكاتَب قَبولُ الصّدَقاتِ؛ لقوله تعالى في آيةِ الصّدَقاتِ: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] قِيلَ في التّفسير إن المراد بها ما أدّاها المُكاتَبونَ ويَحِلُّ للمولى أنْ يأخُذَ ذلك من قضاءِ من المُكاتَبةِ [3]، ويَحِلُّ له تَناوُلُه بعدَ العجْزِ، وإنْ كان المولى غَنيًّا؛ لأنّ العيْنَ تختَلِفُ باختلافِ أسباب الملكِ حُكمًا وإنْ كانت عَيْنًا واحدةً حقيقةً.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنّ بَريرةَ رضي الله عنها كانت يُتَصَدّقُ عليها وكانت تُهْدي ذلك إلى رسولِ اللّه ﷺ وكان يأكلُ منه ويقولُ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ» [4] وكذلك الفقيرُ إذا مات وترك مالاً جَمعه من الصّدَقاتِ، ووارِثُه غَنيٌّ يَحِلُّ له أكلُه لما قُلْنا.

وَلو أوصَى المُكاتَبُ إلى رجلٍ أي جَعَلَه وصيًّا ثُمّ مات فإنْ مات من غيرِ وفاءٍ بَطَلَ إيصاؤُه؛ لأنّه مات عبدًا والعبدُ [٢/ ٢٠٥ب] ليس من أهلِ الإيصاءِ وإنْ مات بعدَما أدّى بَدَلَ الكِتابةِ جاز الإيصاءُ وتكونُ وصيّتُه كوَصيّةِ الحُرِّ؛ لأنّ الوِلايةَ إنّما تَنْتَقِلُ إليه عندَ الموتِ، وعندَ الموتِ كان حُرًّا فتَنْتَقِلُ الوِلايةُ إليه فصار كوَصيِّ الحُرِّ، وإنْ مات عن وفاءٍ ولم يُؤَدِّ في حالِ حَياتِه فإنّ وصيّه يكونُ وصيًّا على أولادِه الذينَ دخلوا في كِتابَتِه دونَ الأولادِ الأحْرارِ الذينَ وُلِدوا من امرأةٍ حُرّةٍ، ويكونُ أضْعَفَ الأوصياءِ كوَصيِّ الأُمِّ فيكونُ له وِلايةُ الحِفْظِ ولا يكونُ له وِلايةُ البيعِ والشِّراءِ على رِوايةِ الزّياداتِ، وعلى رِوايةِ كِتاب القِسْمةِ جُعِلَ [5] كوَصيِّ الأب حيثُ أجاز قِسْمَتَه في العقاراتِ، والقِسْمةُ بمعنى البيعَ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «فعتق فملك».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الكتابة».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «جعله».

فصلٌ [فيما يملك المولى من التصرف في المكاتب]

وأمّا بيانُ ما يملِكُ المولى من التّصَرُّفِ في المُكاتَب، وما لا يملِكُه فيشتمِلُ عليه حُكمُ المُكاتَبةِ [١] نَذْكُرُه في فصلِ الحُكمِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فصلٌ [في صفة المكاتبة]

وأمّا صِفةُ المُكاتَبةِ فنوعانِ:

أحدُهما: أنّها عقدٌ لازمٌ من جانِبِ المولى -إذا كان صَحيحًا- حتّى لا يملِكَ فسْخَه من غيرِ رِضا المُكاتَب، إذا لم يَحِلّ نَجْمٌ أو نَجْمانِ على الخلافِ [٢] غيرُ لازمٍ في جانِبِ المُكاتَب حتّى يَنْفَرِدَ بفسخِه من غيرِ رِضا المولى؛ لأنّه عقدٌ شُرِعَ نَظَرًا للعَبيدِ، وتَمامُ نَظَرِهم في أنه في حقِّهم، ويجوزُ رَدُّ المُكاتَب إلى الرِّقّ وفسخُ الكِتابةِ دونَ [قضاءِ] [٣] القاضي عندَ عامّةِ العلماءِ، وقال ابنُ أبي لَيْلى: لا يجوزُ رَدُّه إلاّ عندَ القاضي؛ لأنّ العقدَ قد صَحّ فلا يَنْفَسِخُ إلاّ بقضاءِ القاضي.

ولنا: ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه أجاز ذلك ولم يُنْقَلْ عن غيرِه خلافُه، وإليه أشارَ في الأصلِ فقال: بَلَغنا ذلك عن ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما؛ ولأنّ المُكاتَبَ قد ثَبَتَ له الخيارُ في عقدِ الكِتابةِ؛ لأنّ له أنْ يُعْجِزَ نفسَه، ومَنْ له الخيارُ في العقدِ إذا فسَخَ العقدَ يصحُّ فسْخُه دونَ القاضي كالبيعِ بشرطِ الخيارِ وغيرِه، فأمّا الفاسِدُ منه فغيرُ لازمٍ من الجانِبينِ حتّى يَنْفَرِدَ كُلُّ واحدٍ منهما بالفسخِ من غيرِ رِضا الآخَرِ؛ لأنّ العقدَ الفاسِدَ واجِبُ النّقْضِ، والفسخُ حقٌّ للشّرعِ رَفْعًا للفَسادِ كالبيعِ الفاسِدِ وغيرِه.

والثاني: أنّها مُتَجَزِّئةٌ في قولِ أبي حنيفةَ. وعندَهما غيرُ مُتَجَزِّئةٍ؛ لأنّها عقدٌ يُفْضي إلى العتقِ والعتقُ مُتَجَزِّئٌ عندَه وعندَهما لا يتجَزّأُ كذا المُكاتَبةُ، وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا كاتَبَ رجلٌ نصفَ عبدِه أنّه جازَتِ الكِتابةُ في النِّصفِ، وصار نصفُه مُكاتَبًا عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الكِتابةَ مُتَجَزِّئةٌ عندَه فصَحّتْ في ذلك النِّصفِ لا غيرُ، وصار في النِّصفِ

---

(١) في المخطوط: «الكتابة».
(٢) في المخطوط: «الاختلاف».
(٣) ليست في المخطوط.

الآخَرِ مأذونًا بالتِّجارةِ؛ لأنّ الكِتابةَ تقتَضي وجوبَ أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ ولا يُمْكِنُه الأداءُ إلاّ بالإذنِ، والإذنُ لا يتجَزّأُ فصار الإذنُ في قدرِ الكِتابةِ إذنًا في الكُلِّ فصار مأذونًا في الكُلِّ، ونصفُه مُكاتَبٌ . فإنْ أدّى عَتَقَ نصفُه وصار النِّصفُ الآخَرُ مُسْتَسْعًى فإنْ شاء أعتَقَ وإنْ شاء استَسْعَى غيرَ مشقوقٍ عليه، بمنزلةِ رجلٍ أعتَقَ نصفَ عبدِه فإنِ اكتَسب العبدُ مالاً قبل الأداءِ فنصفُه له ونصفُه للمولى في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ نصفَه مُكاتَبٌ ونصفُه رَقيقٌ في قولِهما، والكسْبُ كُلُّه للمُكاتَب؛ (لأنّه كُلُّه) [١] صار مُكاتَبًا وما اكتَسب بعدَ الأداءِ فكُلُّه للمُكاتَب بالإجماعِ وليس للمولى فيه شيءٌ .

أمّا على قولِهما فلا يُشْكِلُ؛ لأنّه حُرٌّ عليه دَيْنٌ . وأمّا على أصلِ [٢] أبي حنيفةَ فلأنّ المُسْتَسْعَى كالمُكاتَب وكَسْبُ المُكاتَب له .

وإذا كاتَبَ نصفَ عبدِه ثُمّ [إذا] [٣] أرادَ أنْ يَحول بينه وبين الكسْب لم يكنْ له ذلك؛ لأنه لَمّا كاتَبَ نصفَه فقد أذِنَ له بالاكتِساب؛ لأنّه لا يتوَصّلُ إلى أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ إلاّ بالكسْب فلا يملِكُ الحجْرَ عليه إلاّ بعدَ فسْخِ الكِتابةِ، ولا يَفْسَخُ إلاّ برِضاه، بخلافِ العبدِ المأذونِ له إنّه يملِكُ حَجْرَه ومَنْعَه من الاكتِساب؛ لأنّه إنّما صار مأذونًا بالقولِ فيصيرُ محجوزًا عليه بحَجْرِه، والإذنُ ههنا لا بالقول بل بِمُقْتَضَى الكِتابةِ فلا يصيرُ محجورًا [عليه] [٤] إلاّ بفسخِ الكِتابةِ، فإنْ أرادَ أنْ يَخرُجَ من المِصْرِ فلَه مَنْعُه [٥] بالقياسِ ولكنِ استُحْسِنَ أنْ لا يمْنَعَه، وكذلك إذا أرادَ أنْ يَسْتخدِمَه يومًا أو يَسْتَسْعيَه يومًا ويُخَلّيَ عنه يومًا للكَسْب له ذلك في القياسِ، ولكنِ استُحْسِنَ أنْ لا يتعَرّضَ له في شيءٍ حتّى يُؤَدّيَ أو يعجِزَ، كذا ذَكَرَ في الأصلِ .

وجه القياسِ: أنّ نصفَه رَقيقٌ لم تَزُلْ يَدُه عنه فلَه أنْ يمْنَعَه من الخُروجِ من المِصْرِ لأجل [٦] النِّصفِ فيقولُ له إنْ كان نصفُك مُكاتَبًا فالنِّصفُ الآخَرُ غيرُ مُكاتَبٍ فليَ المنعُ فكان له أنْ يُمْسِكَه ويَسْتخدِمَه يومًا كالعبدِ المُشْتَرَكِ .

وجه الاستِحْسانِ: أنّه بعقدِ الكِتابةِ صار مأذونًا بالاكتِساب وذلك بالخُروجِ إلى الأمصارِ

---

(١) في المخطوط: «لأن نصفه».
(٢) في المخطوط: «قول».
(٣) زيادة في المخطوط.
(٤) ليس في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «أن يمنعه».
(٦) في المخطوط: «لا على».

فلا يجوزُ له [٢/ ٢٠٦أ] مَنْعُه وأنْ يَحول بينه وبين الاكتِساب بالاستخدام، ولا يُمْكِنُه أنْ يَخْرُجَ بالنِّصفِ دونَ النِّصفِ أو يَسْتخدِمَ النِّصفَ دونَ النِّصفِ . فإمّا أنْ يَجْعَلَ النِّصفَ الذي هو مُكاتَبٌ تَبَعًا للنِّصفِ الذي ليس بمُكاتَبٍ، أو يَجْعَلَ النِّصفَ الذي هو غيرُ مُكاتَبٍ تَبَعًا للنِّصفِ الذي هو مُكاتَبٌ، وهذا الثّاني أولى؛ لأنّ الحُرّيّةَ والرِّقّ إذا اجتَمَعا غَلَبَتِ الحُرّيّةُ الرِّقّ، وفي الكِتابةِ شُعْبةٌ من العتقِ؛ لأنّها تُعْقَدُ للعِتْقِ في المُسْتقبَلِ وهي سببٌ من أسبابه .

وَإذا كاتَبَ نصفَ عبدِه ثُمّ [١] أرادَ أنْ يَبيعَ الباقيَ فإنْ باعَه من غيرِ العبدِ لا يجوزُ؛ لأنّ حقّ الحُرّيّةِ تَعَلّقَ بالرّقَبةِ، فلا يجوزُ بيعُه من غيرِه كما لو أعتَقَ نصفَه أو دَبّرَ نصفَه ثُمّ باعَه إنّه لا يجوزُ كذا هذا، ولأنّ المُكاتَبَ له أنْ يَكتُبَ ويَخْرُجَ من المِصْرِ بغيرِ إذنِ المولى فصار كأنّه باعَه بشرطِ أنْ لا يُسَلّمَ إلى المُشْتَري، ولو فعَلَ هكذا كان البيعُ فاسِدًا كذلك هذا .

وَلو باعَ نصفَ نفسِه من العبدِ لا يجوزُ؛ لأنّ بيعَ العبدِ من نفسِه ليس بيعٌ في الحقيقةِ، بل هو إعتاقٌ بمالٍ بدَليلِ أنّ الولاءَ يَثْبُتُ منه بدَليلِ أنّه لو باعَ نصف [٢] المُدَبّرِ من المُدَبّرِ يجوزُ ولو كان بيعًا لَما جاز .

وإذا أعتَقَ نصفَه فالعبدُ بالخيارِ: إنْ شاء أدّى الكِتابةَ [وعَتَقَ] [٣] وإنْ شاء عَجَزَ ويَسْعَى في نصفِ قيمَتِه؛ لأنّه يوَجّه إليها [٤] وجها عِتْقٍ في ذلك النِّصفِ: عِتْقٌ بأداءِ الكِتابةِ، وعِتْقٌ بالسِّعايةِ، فلَه أنْ يميلَ إلى أي الوجهَيْنِ [٥] شاء .

عبدٌ بين رجلَيْنِ كاتَبَه أحدُهما فالأمرُ لا يَخْلو إمّا إنْ كاتَبَ نصفَه أو كُلّه، وكُلُّ ذلك لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ بإذنِ شريكِه أو بغيرِ إذنِه، وإذا أذِنَ فلا يَخْلو إمّا إنْ أذِنَ له بقَبْضِ بَدَلِ الكِتابةِ أو لم يأذَنْ .

فإنْ كاتَبَ نصفَه بغيرِ إذنِ شريكِه صار نصيبُه مُكاتَبًا لكنْ لشريكِه أنْ يَنْقُضَ الكِتابةَ؛ لأنّه يتضَرّرُ به في الحالِ وفي ثاني [٦] الحالِ؛ لأنّه لا يجوزُ بيعُه في الحالِ؛ لأنّ نصفَه مُكاتَبٌ

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) في المطبوع: «نفس».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «إليه».
(٥) في المخطوط: «الجهتين».
(٦) في المخطوط: «الثاني».

وفي الثّاني يصيرُ مُسْتَسْعًى فكان له حقُّ الفسخِ . والكِتابةُ تحتَمِلُ الفسخَ (ولا يصحُّ) [١] فسْخُه إلاّ بقضاءِ القاضي ؛ لأنّ الشّريكَ الذي كاتَبَ تَصرّفَ في ملكِ نَفسِه فلا يَفْسَخُ تَصرُّفَه إلاّ بقضاءِ القاضي أو برِضا العبدِ، فإنْ لم يعلم به الشّريكُ حتّى أدّى عَتَقَ نصفُه ؛ لأنّ الكِتابةَ نَفَذَتْ في نصيبه فإذا وجَدَ شرطَ العتقِ عَتَقَ، ثُمّ الذي لم يُكاتِبْ له أنْ يرجعَ على الشّريكِ فيقبضُ منه نصفَ ما أخذ لأنّ ما أخذه كان كسْبَ عبدٍ بينهما فكان له أنْ يُشارِكَه في المأخوذِ، ثُمّ الذي كاتَبَ له أنْ يرجعَ على العبدِ بما قَبَضَ شريكُه منه لأنّه كاتَبَه على بَدَلٍ ولم يُسَلِّم له إلاّ نصفَه، فكان له أنْ يرجعَ عليه إلى تَمامِ البدَلِ وما يكونُ من الكسْبِ في يَدِ العبدِ له نصفُه بالكِتابةِ ونصفُه لشريكِه الذي لم يُكاتِبْ، هذا في الكسْبِ الذي اكتَسبه قبل الأداءِ .

وأمّا ما اكتَسبه بعدَ الأداءِ فهو له خاصّةً ؛ لأنّه بعدَ الأداءِ يصيرُ مُسْتَسْعًى والمُسْتَسْعَى أحقُّ بمَنافِعِه ومَكاسِبه من السّيِّدِ، فَإنِ اختلف العبدُ والمولى، فقال العبدُ : هذا كسْبٌ اكتَسَبْته بعدَ الأداءِ وقال المولى : بَلِ اكتَسَبْته قبل الأداءِ . فالقولُ قولُ العبدِ لأنّ الكسْبَ شيءٌ حادِثٌ فيُحالُ حُدوثُه إلى أقرَب الأوقاتِ، وصار الحُكمُ بعد [العقد] [٢] كعبدٍ بين اثنَيْنِ أعتقَه أحدُهما، فإنْ كان موسِرًا فلِلشّريكِ ثلاثةُ اختياراتٍ [٣]، وإنْ كان مُعْسِرًا فخياراتِ .

هذا إذا كان بغيرِ إذنِ الشّريكِ (فإذا كان بإذنِه فإنْ كان) [٤] لم يأذَنْ له بقَبْضِ الكِتابةِ فهذا والأوّلُ سَواءٌ إلاّ في فصلَيْنِ :

احدُهما: إنّه لا يكونُ له حقُّ الفسخِ ههنا لوجودِ الرِّضا .

والثّاني: أنّه ليس له أنْ يُضَمِّنَه نصفَ قيمةِ العبدِ بعدَما عَتَقَ لأنّه رَضِيَ بالعتاقِ حيثُ أذِنَ له في الكِتابةِ، وإنْ كان أذِنَ له بقَبْضِ بَدَلِ الكِتابةِ فهذا والأوّلُ سَواءٌ إلاّ في ثلاثةِ فُصولٍ اثنانِ قد ذَكَرْناهما، والثّالِثُ : أنّ ما قَبَضَ ليس له أنْ يُشارِكَه .

هذا إذا كاتَبَ النِّصفَ، فأمّا إذا كاتَبَ الكُلّ فهذا والأوّلُ سَواءٌ إلاّ في فصلٍ واحدٍ وهو أنّه إذا أخذ الشّريكُ منه نصفَ ما قَبَضَ من الكِتابةِ لا يرجعُ بذلك على المُكاتَب هذا إذا

---

(١) في المخطوط : «ولا يحتمل» .
(٢) زيادة من المخطوط .
(٣) في المخطوط : «خيارات» .
(٤) في المخطوط : «فأما إذا كان» .

كان بغيرِ إذنِ الشّريكِ، فأمّا إذا كان بإذنِه وأجاز قبل أنْ يُؤَدّيَ صار مُكاتَبًا بينهما فلا يعتِقُ جميعُه إلاّ بأداءِ الألفِ إليهما جميعًا فإذا أدّى إليهما مَعًا عَتَقَ، وإنْ أدّى إلى أحدِهما أوّلاً لا يعتِقُ؛ لأنّ المُكاتَبَةَ وقَعَتْ صفقة [1] واحدةً هذا إذا لم يأذَنْ له بقَبْضِ الكِتابةِ، فإنْ أذِنَ له بقَبْضِ الكِتابةِ (فإنْ أدّى) [2] إليهما عَتَقَ كُلُّه، وإنْ أدّى جميعَه إلى الذي كاتَبَ عَتَقَ كُلُّه، والألفُ بينهما وإنْ أدّى كُلّه إلى الشّريكِ لا يعتِقُ حتّى يصِلَ نصفُه إلى شريكِه، وهذا كُلُّه قولُ أبي حنيفةَ[٢/ ٢٠٦ب].

وأمّا على قولِهما: فإنّ كِتابةَ النّصفِ وكِتابةَ الجميعِ سَواءٌ؛ لأنّ الكِتابةَ عندَهما لا تَتَجَزّأُ فإنْ لم يُجِزْ صاحِبُه حتّى أدّى عَتَقَ كُلُّه، ويأخُذُ الشّريكُ منه نصفَ ما قَبَضَ ولا يرجِعُ هو على العبدِ بما قَبَضَ منه شريكُه ونصفُ الكسْبِ الفاضِلِ للمُكاتَب، ونصفُه للّذي لم يُكاتَبْ، والولاءُ كُلُّه للّذي كاتَبَه ويَضْمَنُ حِصّةَ شريكِه إنْ كان موسِرًا ويَسْعَى العبدُ إنْ كان مُعْسِرًا، وإنْ أجاز شريكُه صار مُكاتَبًا بينهما فإنْ أدّى إليهما مَعًا عَتَقَ، والولاءُ بينهما، وجميعُ الكسْبِ للمُكاتَب، وإنْ أدّى إلى أحدِهما لا يعتِقُ حتّى يصِلَ نصفُه إلى الآخَرِ إلاّ إذا أذِنَ لشريكِه بقَبْضِ الكِتابةِ فإنْ أدّى كُلّه إلى المأمورِ عَتَقَ، وإنْ أدّى كُلّه إلى الآمِرِ لا يعتِقُ حتّى يصِلَ نصفُه إلى المأمورِ.

وَلو كان عبدٌ بين رجلَيْنِ كاتَبَ كُلُّ واحدٍ منهما نصيبَه على الانفِرادِ، بأنْ كاتَبَ أحدُهما نصيبَه على ألفِ درهمٍ ثُمّ كاتَبَ الآخَرُ نصيبَه على مائةِ دينارٍ، صار نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهما مُكاتَبًا له فإذا أدّى إليهما مَعًا عَتَقَ، وإنْ أدّى إلى أحدِهما عَتَقَ نصيبُه ولا يُشارِكُه الآخَرُ فيما قَبَضَ؛ لأنّه لَمّا كاتَبَ صار راضيًا بكِتابَتِه وللمُكاتَب أنْ يقضيَ غَريمًا دونَ غَريمٍ، ونصيبُ الآخَرِ مُكاتَبٌ على حالِه فإذا أدّى نصيبَ الآخَرِ عَتَقَ والولاءُ بينهما، وإنْ لم يُؤَدِّ نصيبَ الآخَرِ ولكنّه عَجَزَ صار كعبدٍ بين اثنَيْنِ أعتَقَه أحدُهما والجوابُ فيه معروفٌ.

وكذلك لو كاتَبَ كُلُّ واحدٍ جميعَ العبدِ صار نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهما مُكاتَبًا له بالبدَلِ الذي سَمّى، فما لم يوجدْ جميعُ المُسَمّى لا يعتِقُ والحُكمُ فيه ما ذَكَرْنا أنْ لو كاتَبَ كُلُّ واحدٍ منهما نصيبَه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

---

(١) في المطبوع: «بصيغة».

(٢) في المخطوط: «فأدى».

وامّا على قولهما: فكِتابةُ [1] البعضِ وكِتابةُ [2] الكُلِّ سَواءٌ فإنْ أدّى إليهما عَتَقَ والولاءُ بينهما، وإنْ أدّى إلى أحدِهما أوّلاً عَتَقَ كُلُّه من المُؤَدّى إليه وثَبَتَ الولاءُ منه ويَضْمَنُ إنْ كان موسِرًا ويَسْعَى العبدُ إنْ كان مُعْسِرًا، إلاّ أنّ على قولِ محمّدٍ يَضْمَنُ أو يَسْعَى العبدُ في نصفِ القيمةِ أو في كِتابةِ الآخَرِ في الأقَلِّ منهما وقال أبو يوسُفَ: بَطَلَتْ كِتابةُ الآخَرِ، وإنّما يَضْمَنُ العبدُ أو يَسْعَى في نصفِ قيمَتِه لا غيرُ.

وَلو كان عبدٌ بين اثنَيْنِ فكاتَباه جميعًا مُكاتَبَةً واحدةً، فأدّى إلى أحدِهما حِصّتَه لم يعتِقْ حِصّتَه منه ما لم يُؤَدِّ جميعَ الكِتابةِ إليهما؛ لأنّهما جَعَلا شرطَ عِتْقِه أداءَ جميعِ المُكاتَبَةِ فلا يعتِقُ إلاّ بوجودِ الشّرطِ، بخلافِ ما إذا كان لكُلٍّ واحدٍ منهما عبدٌ فكاتَباهما جميعًا مُكاتَبَةً واحدةً إنّ كُلّ واحدٍ منهما يكونُ مُكاتَبًا على حِدةٍ حتّى لو أدّى حِصّتَه يعتِقُ؛ لأنّ ههنا لو جعل كُلّ نصفٍ مُكاتَبًا على حِدةٍ لأدّى إلى تَغْييرِ شرطِهما؛ لأنّ شرطَهما أنْ يعتِقَ بأداءِ الكُلِّ فلا يعتِقُ أحدُهما إلاّ بأداءِ جميعِ الكِتابةِ حتّى لا يُؤَدّيَ إلى تَغْييرِ الشّرطِ، وهذا المعنى لم يوجدْ هناك؛ لأنّ عِتْقَ أحدِهما لا يُؤَثِّرُ في الآخَرِ فكان الشّرطُ فيه لَغْوًا، مُكاتَبٌ بين رجلَيْنِ أعتقَه أحدُهما.

قال ابو حنيفة: لا ضَمانَ عليه في ذلك لشريكِه موسِرًا كان أو مُعْسِرًا؛ لأنّ نصيبَ الآخَرِ مُكاتَبٌ على حالِه لكَوْنِ العتقِ مُتَجَزِّئًا عندَه فإنْ أدّى عَتَقَ، والولاءُ بينهما لوجودِ الإعتاقِ منهما، وإنْ عَجزَ صار كعبدٍ بين اثنَيْنِ أعتقَه أحدُهما والحُكمُ فيه ما ذَكَرْنا في كِتاب العتاقِ وعلى قولِهما عَتَقَ كُلُّه؛ لأنّ الإعتاقَ لا يتجَزّأُ عندَهما والولاءُ له، إلاّ أنّ على قولِ أبي يوسُفَ صار حُكمُه حُكمَ عبدٍ بين اثنَيْنِ أعتقَه أحدُهما.

وعلى قولِ محمّدٍ: إنْ كان المُعْتِقُ موسِرًا يُنْظَرْ إلى قدرِ [3] نصيب شريكِه وإلى باقي الكِتابةِ فأيُّهما كان أقلّ ضَمِنَ ذلك، وإنْ كان مُعْسِرًا سَعَى العبدُ في الأقَلِّ فإنْ لم يُعْتِقْه أحدُهما ولكنْ دَبّرَه صار نصيبُه مُدَبّرًا ويكونُ مُكاتَبًا على حالِه؛ لأنّ التّدْبيرَ لا يُنافي الكِتابةَ، فإنْ أدّى الكُلّ عَتَقَ والولاءُ يَثْبُتُ منهما، وإنْ عَجزَ صار كعبدٍ بين اثنَيْنِ دَبّرَه أحدُهما صار نصيبُه مُدَبّرًا، ولِشريكِه خمسُ خياراتٍ إنْ كان موسِرًا، وإنْ كان مُعْسِرًا

---

(١) في المخطوط: «مكاتبة».

(٢) في المخطوط: «ومكاتبة».

(٣) في المخطوط: «قيمة».

فأربعُ خياراتٍ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وفي قولِهما صار كُلُّه مُدبّرًا؛ لأنّ التّدْبيرَ لا يتجزّأُ، فبَطَلَتِ الكِتابةُ، ويَضْمَنُ لشريكِه نصفَ القيمةِ موسِرًا كان أو مُعْسِرًا في قولِ أبي يوسُفَ، وعلى قياسِ قولِ محمّدٍ: وجَبَ أنْ يَضْمَنَ الأقَلّ من نصفِ القيمةِ، ومن جميعِ ما بقيَ من الكِتابةِ، ولو (لم يُدَبِّرْه)[1]، وَلكنْ كاتَبَ جاريةً فجاءَتْ بوَلَدٍ فادّعاه أحدُهما ثَبَتَ نَسَبُ الولدِ منه، وصار نصيبُه أُمّ ولدٍ له.

أمّا ثُبوتُ النّسَبِ فلا خلافَ فيه؛ لأنّ المولى إذا ادّعَى ولدَ مُكاتَبَتِه ثَبَتَ النّسَبُ؛ لأنّ فيه تَأويلَ الملكِ، ثُمّ المُكاتَبةُ بالخيارِ [٢/ ٢٠٧أ] إنْ شاءتْ مَضَتْ على الكِتابةِ وإنْ شاءتْ عَجّزَتْ نفسَها؛ لأنّه قد ثَبَتَ لها حقُّ الحُرّيّةِ من وجهَيْنِ، فلَها أنْ تختارَ أيّهما شاءتْ ولا تَصيرُ كُلُّها أُمّ ولدٍ؛ لأنّ الاستيلادَ عندَنا يتجزّأُ فيما لا يُمْكِنُ نَقْلُ الملكِ فيه، فإنْ مَضَتْ على الكِتابةِ أخذتْ منه عُقْرَها واستَعانَتْ به على أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ، وإنْ عَجّزَتْ نفسَها ورُدّتْ إلى الرِّقّ، فإنّها تَصيرُ أُمّ ولدٍ للمُسْتَوْلِدِ؛ لأنّ المعنى المانِعَ من نَقْلِ الملكِ [فيها] قد زالَ ويَضْمَنُ للشّريكِ نصفَ قيمَتِها مُكاتَبَةً ونصفَ عُقْرِها، ولا يَغْرَمُ من قيمةِ الولدِ شيئًا، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وعلى قولِهما: صارتِ الجاريةُ كُلُّها أُمّ ولدٍ؛ لأنّ الاستيلادَ لا يتجزّأُ وبَطَلَتِ الكِتابةُ فيَغْرَمُ للشّريكِ نصفَ القيمةِ ونصفَ العُقْرِ موسِرًا كان أو مُعْسِرًا، وعلى قولِ محمّدٍ وجَبَ أنْ يَضْمَنَ الأقَلّ من نصفِ العُقْرِ، وَمَنْ كِتابةِ شريكِه.

عبدٌ كافرٌ بين مسلمٍ وذِمّيٍّ، كاتَبَ الذِّمّيُّ نصيبَه بإذنِ شريكِه على خمرٍ جازَتِ الكِتابةُ في قولِ أبي حنيفةَ، ولا تجوزُ في قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ، ولا شركةَ للمسلمِ[2] فيما أخذ النّصرانيُّ منه من الخمْرَ بناءً على أنّ الكِتابةَ مُتَجَزِّئةٌ عندَ أبي حنيفةَ كالعتقِ، فلَمّا كاتَبَ الذِّمّيُّ نصيبَه على خمرٍ بإذنِ شريكِه وقَعَتِ المُكاتَبةُ على نصيبِ نَفسِه خاصّةً، والذِّمّيُّ إذا كاتَبَ نصيبَه على خمرٍ جاز، كما لو باعَ نصيبَه بخمرٍ.

وأمّا عندَهما فالكِتابةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ من أصلِهما أنّ العقدَ انعَقَدَ لهما حيثُ كانت بإذنِ شريكِه

---

(١) في المخطوط: «دبَّره».

(٢) في المخطوط: «للمسلمين».

فلَمّا بَطَلَ نصيبُ المسلمِ بَطَلَ نصيبُ الذِّمّيِّ ؛ لأنّها كِتابةٌ واحدةٌ فإذا بَطَلَ بعضُها بَطَلَ كُلُّها ، ولا شرِكةَ للمسلمِ فيما أخذَ النّصْرانيُّ [منه] [١] من الخمْرِ ؛ لأنّ المسلمَ مَمْنوعٌ من قَبْضِ الخمْرِ .

وَإنْ كاتَباه جميعًا على خمرٍ مُكاتَبَةً واحدةً لم يَجز في نصيب واحدٍ منهما أمّا في نصيب المسلمِ فلا يُشْكِلُ . وأمّا في نصيب الذِّمّيِّ فلأنّ المُكاتَبَةَ واحدةٌ فإذا بَطَلَ بعضُها بَطَل الكُلُّ ولو أدّى إليهما ؛ عَتَقَ وعليه قيمَتُه للمسلمِ ، ولِلذِّمّيِّ نصفُ الخمْرِ (وإنّما عَتَقَ) [٢] بالأداءِ إليهما؛ لأنّ الكِتابةَ فاسِدةٌ وهذا حُكمُ الكِتابةِ الفاسِدةِ أنّه إذا أدّى يعتِقُ كما إذا كاتَبَ المسلمُ عبدَه على خمرٍ فأدّى ، إلاّ أنّه لا يَسْعَى في نصفِ قيمَتِه للمسلمِ ولا يَسْعَى في نصيب الذِّمّيِّ ؛ لأنّ الذِّمّيّ قد سَلّمَ له شرطَه ؛ لأنّ الخمْرَ مالٌ مُتَقَوَّمٌ في حقِّ المسلمِ فيَسْعَى في نصفِ قيمَتِه له ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

فَصْلٌ [في حكم المكاتبة]

وامّا حكمُ المُكاتَبةِ: ويَنْدَرِجُ فيها بيانُ ما يملِكُه المولى من التّصَرُّفِ في المُكاتَب وما لا يملِكُه فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ .

المُكاتَبَةُ أنواعٌ ثلاثةٌ:

صَحيحةٌ ، وفاسِدةٌ ، وباطِلةٌ .

أمّا الصّحيحةُ : فلَها أحْكامٌ بعضُها يتعَلّقُ بما قبل أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ ، وبعضُها يتعَلّقُ بأداءِ بَدَلِ الكِتابةِ .

امّا الأوّلُ: فزوالُ يَدِ المولى عن المُكاتَب وصَيْرورةُ المُكاتَب أحقّ بمَنافِعِه ومَكاسِبه ، وصَيْرورةُ المولى كالأجنَبيِّ عنها ، وثُبوتُ حقِّ المُطالَبةِ للمولى ببَدَلِ الكِتابةِ [٣] وثُبوتُ حقِّ الحُرّيّةِ للمُكاتَب ؛ لأنّ ما هو المقصودُ من هذا العقدِ [لا] [٤] من الجانِبينِ لا يَحْصُلُ بدونِها .

وهل تَزولُ رَقَبةُ المُكاتَب عن ملكِ المولى بالكِتابةِ [٥]؟

---

(١) زيادة من المخطوط .
(٢) في المخطوط : «وأما العتق» .
(٣) في المخطوط : «المكاتبة» .
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «بالمكاتبة» .

اختلف المشايخُ فيه قال عامّتُهم: لا تَزولُ.

وقال بعضُهم: تَزولُ عن ملكِ المولى ولا يملِكُها العبدُ بمنزلةِ البيعِ بشرطِ الخيارِ للمُشْتَري، على أصلِ أبي حنيفةَ إنّ المبيعَ يَزولُ عن ملكِ البائعِ ولا يدخلُ في ملكِ المُشْتَري وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الملكَ صِفةٌ إضافيّةٌ فيَسْتَحيلُ وجودُه بدونِ المُضافِ إليه كسائرِ الأوصافِ الإضافيّةِ من الأُبوّةِ والبُنوّةِ والأُخوّةِ والشّركةِ ونحوِها، فلا يُتَصَوّرُ وجودُ مَمْلوكٍ لا مالِك له. وهكذا نَقولُ في باب البيعِ؛ لأنّ [1] البيعَ في الحقيقةِ ملكُ البائعِ أو ملكُ المُشْتَري إلاّ أنّا لا نَعْلَمُ ذلك في الحالِ؛ لأنّا لا نَعْلَمُ أنّ العقدَ يُجازُ أو يُفْسَخُ فيتوَقّفُ في علمِنا بجَهْلِنا بعاقِبةِ الأمرِ وعندَ الإجازةِ أو الفسخِ يتبيّنُ أنّه كان ثابتًا للمُشْتَري أو للبائعِ من وقتِ البيعِ حتّى يَظْهَرَ في حقِّ الولد هذا معنى قولِ أبي حنيفةَ في تلك المسألةِ.

وَبيانُ [2] هذه الجملةِ في مسائلَ: إذا كاتَبَ عبدَه كِتابةً صَحيحةً صار مأذونًا في التِّجارةِ؛ لأنّه وجَبَ عليه أداءُ بَدَلِ الكِتابةِ ولا يتمَكّنُ من الأداءِ إلاّ بالكسْب، والتِّجارةُ كسْبٌ وليس له أنْ يمْنَعَه من الكسْب ولا من السّفَرِ ولو شرَطَ عليه أنْ لا يُسافِرَ كان الشّرطُ باطِلًا والكِتابةُ [3] صَحيحةً لما مَرّ، وليس له أنْ يأخُذَ الكسْبَ من يَدِه؛ لأنّ كسْبَه له وَلا يجوزُ له إجارَتُه ورَهْنُه؛ لأنّ الإجارةَ تمليكُ المنفَعةِ ومَنافِعُ المُكاتَب له، والرّهْنُ إثباتُ ملكِ اليدِ للمُرْتَهِنِ وملكِ اليدِ للمُكاتَب وَلا يجوزُ استخدامُه واستِغْلالُه [٢/ ٢٠٧ب]؛ لأنّ ذلك تَصَرُّفٌ في المنفَعةِ والمنافِعُ له، وَيجوزُ إعتاقُه ابتِداءً بلا خلافٍ؛ لأنّ جَوازَه يعتَمِدُ ملكَ الرّقَبةِ وأنّه قائمٌ سَواءٌ كان المولى صَحيحًا أو مَريضًا غيرَ أنّه إنْ كان صَحيحًا يعتِقْ مَجّانًا، وإنْ كان مَريضًا والعبدُ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ [فكذلك.

وكذلك إذا كان لا يَخْرُجُ من الثُّلُثِ] [4] ولكنْ [5] أجازَتِ الورَثةُ، وإنْ لم تُجِزِ الورَثةُ فلَه الخيارُ في قولِ أبي حنيفةَ إنْ شاء سَعَى في ثُلُثَيِ القيمةِ حالاً وإنْ شاء سَعَى في ثُلُثَيِ الكِتابةِ مُؤَجّلًا، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا خيارَ له، ويَسْعَى في الأقَلِّ؛ لأنّ الكِتابةَ قد سبقَتِ الإعتاقَ والإعتاقُ في المرَضِ بمنزلةِ التّدْبيرِ ولو دَبّرَه كان حُكمُه هذا على ما ذَكَرْنا في (كِتاب التّدْبيرِ).

---

(١) في المخطوط: «أن».

(٢) في المخطوط: «وتأتي».

(٣) في المخطوط: «لأن الكتابة».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المطبوع: «لكن».

كذا إذا أعتقَه في المرَضِ، ويجوزُ له إعتاقُه عن الكفَّارةِ عندَنا، خلافًا لَلشّافعيِّ والمسألةُ تُذْكَرُ في (كِتاب الكفّاراتِ).

وَلو أعتَقَ الولدَ المولودَ أو المُشتَرَى في الكِتابةِ جاز ولا يَسْقُطُ شيءٌ من بَدَلِ الكِتابةِ والقياسُ أنْ لا يجوزَ إعتاقُه وهو قولُ زُفَرَ.

وجه القياسِ: أنّ في إعتاقِه الولدَ إبْطالَ حقِّ المُكاتَب؛ لأنّه يملِكُ كسْبَ ولدِه المولودِ والمُشْتَرَى، وبالإعتاقِ يَبْطُلُ، وإليه أشارَ في الأصلِ فقال: لأنّ للمُكاتَب أنْ يَسْتخدِمَهم.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُكاتَبَ إنّما يَسْعَى في حُرّيّةِ نَفْسِه وأولادِه، وقد نالَ هذا المقصودَ، وإنّما لا يَسْقُطُ من بَدَلِ الكِتابةِ شيءٌ؛ لأنّ البدَلَ كُلّه على المُكاتَب فلا يَسْقُطُ شيءٌ منه بعِتْقِ الولدِ، وَلو أعتَقَ أمّ ولدِ المُكاتَبةِ لم يَجز؛ لأنّ المُكاتَبَ لو عَتَقَ كانت هي أمّ ولدٍ على حالِها؛ لأنّها لم تَصِرْ مُكاتَبةً بكِتابَتِه فلا تعتِقُ بعِتْقِ المُكاتَب، وَلا يجوزُ له بيعُ المُكاتَب بغيرِ رِضاه بلا خلافٍ؛ لأنّ فيه إبْطالَ حقِّ المُكاتَب من غيرِ رِضاه وهو حقُّ الحُرّيّةِ فلا يجوزُ بيعُه كالمُدَبّرِ وأُمِّ الولدِ، وإنْ رَضِيَ به المُكاتَبُ جاز ويكونُ ذلك فسْخًا للكِتابةِ؛ لأنّ امتِناعَ الجوازِ كان لحقِّ المُكاتَب فإذا رَضِيَ فقد زالَ المانِعُ.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ: أنّ المولى والمُكاتَبَ إذا اجتَمَعا في البيعِ [قال] [(١)]: البيعُ لا يجوزُ والصّحيحُ جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّه لَمّا باعَه المولى برِضاه فقد تَراضَيا على الفسخِ فيكونُ إقالةً، والكِتابةُ تحتَمِلُ الإقالةَ، وما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها اشترتْ بَريرةَ وكانت مُكاتَبةً فمحمولٌ على أنّ ذلك كان برِضاها، وعلى هذا الهِبةُ والصّدَقةُ والوصيّةُ.

وَلو كاتَبَ [(٢)] جاريةً لا يَحِلُّ له وطْؤُها والاستِمْتاعُ بها؛ لأنّ ذلك انتِفاعٌ بها، والمولى كالأجنَبيِّ في مَنافِعِها، ولو وطِئَها غَرِمَ العُقْرَ لها تَسْتَعينُ به على أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ؛ لأنّه بَدَلُ مَنْفَعةٍ مَمْلوكةٍ لها.

ولو وطِئَها فعَلِقَتْ منه ثَبَتَ نَسَبُ الولدِ إذا ادّعاه؛ لأنّ النّسب يَثْبُتُ بشُبْهةِ الملكِ، وتَأويلِ الملكِ، فلأنْ [(٣)] يَثْبُتَ بحقيقَتِه [(٤)] أولى، صَدّقَتْه المُكاتَبةُ أو كذّبَتْه لما مَرّ، ثُمّ إنْ

---

(١) في المخطوط: «أن».
(٢) في المخطوط: «كان».
(٣) في المخطوط: «فلا».
(٤) في المخطوط: «بحقيقة الملك».

جاءَتْ بوَلَدٍ لأكثَرَ من سِتّةِ أشهرٍ فعليه العُقْرُ وإنْ جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّة أشهرٍ فلا عُقْرَ عليه، والمُكاتَبةُ بالخيارِ إنْ شاءتْ مَضَتْ على كتابَتِها فأدّتْ وعَتَقَتْ وأخذتِ العُقْرَ إذا كان العُلوقُ في حالِ الكِتابةِ، وإنْ شاءتْ عَجّزَتْ نفسَها وصارتْ أُمّ ولدٍ [له] (١)، وسَقَطَ العُقْرُ لما ذَكَرْنا في (كِتاب الاستيلادِ) .

وَلو جَنَى المولى على المُكاتَب غَرِمَ الأرشَ لِيَسْتَعينَ به على الكِتابةِ، ولو استَهْلَكَ شيئًا من كسْبه فهو دَيْنٌ عليه؛ لأنّه أحقُّ بكَسْبه من المولى فكان في مَكاسِبه كالحُرّ، وكذا ما استَهْلَكَ المُكاتَبُ من مال المولى لما قُلْنا .

وَلو اشترى المُكاتَبُ امرأتَهُ لا يَنْفَسِخُ النّكاحُ، وكذا إذا اشتَرتِ المُكاتَبةُ زوجَها؛ لأنّ الثّابتَ للمُكاتَب حقُّ الملكِ لا حقيقةَ الملكِ، وحقُّ الملكِ يمْنَعُ ابتِداءَ النّكاحَ ولا يمْنَعُ البقاءَ كالعِدّةِ إنّها تمنَعُ من إنْشاءِ النّكاحِ وإذا طرأتْ على النّكاحِ لا تُبْطِلُه، ولهذا قال أصحابُنا : إنّ المولى إذا زوّجَ ابنَتَه من مُكاتَبه لا يَبْطُلُ النّكاحُ بموتِ الأب؛ لأنّ البنتَ لا تملِكُ المكاتِبَ حقيقةَ الملكِ، بل يَثْبُتُ لها حقُّ الملكِ فيمْنَعُ ذلك من الابتِداءِ ولا يمْنَعُ من البقاءِ فكذا هذا، وَلو سَرَقَ منه يجبُ القطْعُ على السّارِقِ؛ لأنّ المُكاتَبَ أحقُّ بمَنافِعِه ومَكاسِبه، فكان له حقُّ الخُصومةِ فيه كالحُرّ فيقطَعُ بخُصومَتِه .

وَلو جَنَى المُكاتَبُ على إنسانٍ خطَأً فإنّه يَسْعَى في الأقَلّ من قيمَتِه ومن أرشِ الجِنايةِ؛ لأنّ رَقَبَتَه مَمْلوكةٌ للمولى إلاّ أنّه تَعَذّرَ الدّفْعُ من غيرِ اختيارٍ بسبب الكِتابةِ، فصار كالعبدِ القِنّ إذا جَنَى جِنايةً ثُمّ أعتقَه المولى من غيرِ علمِه بالجِنايةِ . والحُكمُ هناك ما ذَكَرْنا فكذا ههنا، فيُنْظَرُ إنْ كان أرشُ الجِنايةِ أقَلّ من قيمَتِه فعليه أرشُ الجِنايةِ؛ لأنّ المجنيّ عليه لا يَسْتَحِقُّ أكثَرَ من ذلك، فإذا دَفَعَ ذلك فقد سَقَطَ حقُّه، وإنْ كانت قيمَتُه [٢/ ٢٠٨أ] أقَلّ من أرشِ الجِنايةِ فعليه قيمَتُه؛ لأنّ حُكمَ الجِنايةِ تَعَلّقَ بالرّقَبةِ لكَوْنِ الرّقَبةِ ملكَ المولى، وهي لا تحتَمِلُ أكثَرَ من قيمَتِها فلا يَلْزَمُه أكثَرُ من ذلك .

وكذلك لو جَنَى جِناياتٍ خَطَأً قبل أنْ يُحْكَمَ عليه بالجِنايةِ الأولى لا يجبُ عليه إلاّ قيمةٌ واحدةٌ وإنْ كثُرَتْ جِناياتُه في قولِ أصحابنا الثّلاثةِ . وعندَ زُفَرَ يجبُ عليه في كُلّ جِنايةٍ الأقَلُّ من أرشِها ومن قيمَتِه، وهذا فرعُ اختلافِهم في أنّ جِناياتِه تَتَعَلّقُ بالرّقَبةِ أو بذِمّتِه،

---

(١) زيادة من المخطوط.

فعندَنا تَتَعَلّقُ برَقَبَتِه، والرّقَبةُ لا تَتّسِعُ لأكثَرَ من قيمةٍ واحدةٍ، وعندَه تَتَعَلّقُ بذِمّتِه، والذِّمّةُ مُتّسِعةٌ.

والصّحيحُ: قولُنا لما ذَكَرْنا إنّ رَقَبَتَه مَمْلوكةٌ للمولى، فإنّها مقدورُ الدّفْعِ في الجملةِ بأنْ يعجِزَ فيَدْفَعَ إلاّ أنّه تَعَذّرَ الدّفْعُ بالمنعِ السّابقِ، وهو الكِتابةُ من غيرِ اختيارٍ فصار كما لو جَنَى جِناياتٍ ثُمّ أعتقَه المولى من غيرِ علمِه بها، وهناك لا يَلْزَمُه إلاّ قيمةٌ واحدةٌ كذلك ههنا.

هذا إذا جَنَى ثانيًا قبل أنْ يَحْكُمَ عليه الحاكِمُ بالأولى. فأمّا إذا حَكَمَ الحاكِمُ بالأولى ثُمّ جَنَى ثانيًا فإنّه يَلْزَمُه قيمةٌ أُخرى بالجِنايةِ الثّانيةِ؛ لأنّها لَمّا حَكَمَ الحاكِمُ فقد انتقَلَتِ الجِنايةُ من رَقَبَتِه إلى ذِمّتِه فحَصَلَتِ الجِنايةُ الثّانيةُ، والرّقَبةُ فارِغةٌ عن جِنايَتِه مُتَعَلِّقةٌ بها فصار بمنزلةِ الجِنايةِ المُبْتَدَأةِ، فرقٌ بين هذا وبين ما إذا حَفَرَ المُكاتَبُ بئْرًا على قارِعةِ الطّريقِ فوَقَعَ فيها إنسانٌ، ووَجَبَ عليه أنْ يَسْعَى في قيمَتِه يومَ حَفَرَ، ثُمّ وقَعَ فيها آخَرُ أنّه لا يَلْزَمُه أكثَرُ من قيمةٍ واحدةٍ سَواءٌ حَكَمَ الحاكِمُ بالأولى أو لم يَحْكُم.

ووَجه الفرقِ: أنّ هناك الجِنايةَ واحدةٌ، وهي حَفْرُ البئرِ فالضّمانُ الذي يَلْزَمُه إنّما يَلْزَمُه بسببٍ واحدٍ فوُقوعُ الثّاني وإنْ كان بعدَ حُكمِ الحاكِمِ لكنْ بسببٍ سابقٍ على حُكمِه، فصار كأنّه قَتَلَهما دَفْعةً واحدةً فلا يَلْزَمُه إلاّ قيمةٌ واحدةٌ. فأمّا ههنا فقد تَعَدّدَتِ الجِنايةُ، والثّانيةُ حَصَلَتْ بعدَ فراغِ رَقَبَتِه عن الأولى وانتِقالِها إلى ذِمّتِه فيتعَدّدُ السّبَبُ فيتعَدّدُ الحُكمُ.

ولو سَقَطَ حائطٌ مائلٌ أُشْهِدَ عليه على إنسانٍ فقتَلَه فعليه أنْ يَسْعَى في قيمَتِه؛ لأنّ المُكاتَبَ يملِكُ النّقْضَ فيصحُّ الإشهادُ عليه كما في الحُرِّ، ويجبُ عليه قيمةُ نفسِه كما لو قَتَلَ آخَرَ خطَأً.

وكذلك إذا وُجِدَ في دارِ المُكاتَب قَتيلٌ فعليه أنْ يَسْعَى في قيمَتِه إذا كانت قيمَتُه أكثَرَ من الدّيةِ فيَنْتَقِصَ منها عشرةَ دراهمَ، فإنْ جَنَى جِناياتٍ ثُمّ عَجَزَ قبل أنْ يُقْضَى بها دَفَعَه مولاه بها أو فداه، وإنْ قضَى عليه بالسِّعايةِ ثُمّ عَجَزَ فهي دَيْنٌ في رَقَبَتِه يُباعُ فيه؛ لأنّه إذا لم يقضِ عليه لم تَصِرِ القيمةُ دَيْنًا في رَقَبَتِه فهو كعبدٍ قِنٍّ جَنَى جِنايةً، أنّه يُخاطِبُ مولاه بالدّفْعِ أو الفِداءِ وإذا قضَى عليه بالقيمةِ صار ذلك دَيْنًا في رَقَبَتِه فإذا عَجَزَ صار حُكمُه حُكمَ عبدٍ لَحِقَه الدّيْنُ أنّه يُباعُ أو يقضي السّيِّدُ دَيْنَه، هذا إذا كانت جِنايَتُه عَمْدًا بأنْ قَتَلَ رجلاً عَمْدًا قُتِلَ به؛ لأنّه لو كان حُرًّا لَقُتِلَ به فالمُكاتَبُ أولى.

هذا إذا جَنَى المُكاتَبُ على غيرِه، فَأمّا إذا جَنَى غيرُه عليه فإنْ كان خَطَأً فالأرشُ له وأرشُه أرشُ العبدِ . أمّا كونُ الأرشِ له فلأنّ أجزاءَه مُلْحقةٌ بالمنافِعِ وهو أحقُّ بمَنافِعِه .

وأمّا كونُ أرشِه أرشَ العبدِ فلأنّه عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ بالحديثِ فكانتِ الجِنايةُ عليه جِنايةً على العبدِ فكان أرشُها أرشَ العبيدِ، وإنْ كان عَمْدًا فالمسألةُ على ثلاثةِ أوجُهٍ: في وجهٍ يجبُ القِصاصُ في قولِهم، وفي وجهٍ لا يجبُ القِصاصُ، وفي وجهٍ اختَلَفوا فيه .

أمّا الأوّل: فهو أنْ يقتُلَه رجلٌ عَمْدًا ولم يَتْرُك وفاءً فللمولى أنْ يقتُلَ القاتِلَ؛ لأنّه لم يَتْرُك وفاءً فقد مات عاجِزًا فمات عبدًا والعبدُ إذا قُتِلَ عَمْدًا يجبُ القِصاصُ على قاتِلِه إنْ كان عبدًا بالإجماعِ، وإنْ كان حُرًّا عندَنا كذلك ههنا .

وأمّا الوجه الثاني: فهو أنْ يُقتَلَ عَمْدًا ويَتْرُكَ وفاءً ويَتْرُكَ ورَثةً أحْرارًا سِوَى المولى فلا يجبُ القِصاصُ لاشتِباه وليِّ القِصاصِ لاختلافِ الصّحابةِ رضي الله عنهم في أنّه يموتُ حُرًّا أو عبدًا على ما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى فمَنْ قال: مات حُرًّا قال: وِلايةُ الاستيفاءِ للوَرَثةِ، ومَنْ قال: مات عبدًا قال: الوِلايةُ للمولى . فاشتَبَهَ المولى فلم يجبِ القِصاصُ .

فإنْ قِيلَ قياسُ هذه النُّكتةِ أنّه إذا اجتَمع المولى والورَثةُ يَنْبَغي أنْ يجبَ القِصاصُ لارْتِفاعِ الاشتِباه عندَ الاجتماعِ كالعبدِ الموصَى برَقَبَتِه لإنسانٍ وبخدمَتِه لآخَرَ إذا قُتِلَ، أنّ لهما أنْ يَجْتَمِعا فيقتلا .

وكذا العبدُ المرهونُ إذا قُتِلَ فاجتَمع الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ على القِصاصِ أنّ لهما أنْ يَسْتَوْفياه كذلك [٢/ ٢٠٨ب] ههنا، فالجوابُ أنّ المانِعَ هو اشتِباه المولى وهذا الاشتِباه لا يَزولُ بالاجتماعِ؛ لأنّ الوِلايةَ لأحدِهما وهو المولى أو الوارِثُ وهذا النّوعُ من الاشتِباه لا يَزولُ باجتماعِهما، بخلافِ مسألةِ الوصيّةِ؛ لأنّ هناك لا اشتِباهَ، فإنّ الوِلايةَ لصاحِب الرّقَبةِ؛ لأنّ الملكَ له وإنّما [1] لصاحِب الخدمةِ فيها حقٌّ، فإذا اجتَمَعا في الاستيفاءِ فقد رَضِيَ بإسقاطِ حقِّه، ويقولُ لصاحِب الخدمةِ حقّي قَوِيٌّ لشُبْهةِ الملكِ، فصار بمنزلةِ عبدٍ بين اثنَيْنِ [2] قُتِلَ فاجتَمع الوليّانِ على الاستيفاءِ، وبخلافِ مسألةِ الرّهْنِ فإنّ المُسْتَحِقّ للقِصاصِ هناك هو الرّاهنُ إذِ الملكُ له إلاّ أنّ للمُرْتَهِنِ فيه حقًّا فإذا رَضِيَ بالاستِبْقاءِ فقد رَضِيَ بسُقوطِ حقِّه، وههنا بخلافِه على ما بيّنّاه .

(١) في المخطوط: «إلا أن».

(٢) في المخطوط: «شريكين».

وأمّا الوجه الثالِث: فهو أنْ يُقْتَلَ عَمْدًا أو يُتْرَكَ وفاءً ولا وارِثَ له سِوَى المولى . فعلى قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ يجبُ القِصاصُ للمولى ؛ لأنّه لا اشتِباهَ ههنا لأنّ القِصاصَ يكونُ للمولى كيْفَما كان سَواءٌ مات حُرًّا أو عبدًا ، وقال محمّدٌ : لا يجبُ لأنّ المولى إنْ لم يشتبهْ فسببُ ثُبوتِ الوِلايةِ قد اشتَبَهَ ؛ لأنّه إنْ مات حُرًّا فالوِلايةُ تَثْبُتُ بالإرثِ ، وإنْ مات عبدًا فالوِلايةُ تَثْبُتُ بالملكِ ، والجوابُ عن هذا من وجهَيْنِ :

أحدُهما: أنّ السّبَبَ لم يشتبهْ ؛ لأنّ المُسَبِّبَ واحدٌ وهو الملكُ والولاءُ أثَرٌ من آثارِ الملكِ .

والثاني: إنْ سَلّمْنا أنّ السّبَبَ قد اشتَبَهَ لكنْ لا اشتِباهَ في الحُكمِ وهو الوِلايةُ ؛ لأنّها ثابتةٌ بيقينٍ [فتَثْبُتُ] (١) بأيِّ سببٍ كان ، فَإنْ قُتِلَ ابنُ المُكاتِب أو عبدُه عَمْدًا ، فلا قَوَدَ عليه ؛ لأنّ المُكاتَبَ وهو أبو المقتولِ أو مولى العبدِ لو عَتَقَ كان القِصاصُ له ، ولو عَجَزَ كان القِصاصُ للمولى فاشتَبَهَ الوليُّ ، وبهذا عَلّلَ في الأصلِ فقال : لأنّي لا أدري أنّه للمولى أو للمُكاتَب ، ومعناه ما ذَكَرْنا وإنِ اجتَمَعا على ذلك لم يقتَصّ أيضًا ؛ لأنّ الوِلايةَ لأحدِهما وهو غيرُ معلومٍ فإنْ عَفَوا فعَفْوُهما باطِلٌ ، والقيمةُ واجِبةٌ للمُكاتَب أمّا بُطْلانُ العفوِ ، فأمّا عَفْوُ المولى فلأنّه لا يملِكُ كسْبَ المُكاتَب ، فلا يصحُّ عَفْوُه .

وإمّا عَفْوُ المُكاتَب فلأنّ القيمةَ قد وجَبَتْ على القاتِلِ فكان إبْراءُ المُكاتَب تبَرُّعًا منه ، وأنّه لا يملِكُ التّبَرُّعَ ، فَإنْ قَتَلَ مولى مُكاتَبَه عَمْدًا أو خَطَأً فلا قِصاصَ عليه في العمْدِ بلا شَكّ ؛ لأنّ رَقَبَتَه مَمْلوكةٌ له فيصيرُ شُبْهةً سَواءٌ ترك وفاءً أو لم يَتْرُك لا يجبُ القِصاصُ لما قُلْنا غيرَ أنّه إنْ ترك وفاءً فعلى المولى قيمَتُه يقضي بها كِتابَتَه .

وكذلك لو قَتَلَ ابنَه ؛ لأنّ القِصاصَ قد سَقَطَ بالشُّبْهةِ فيجبُ الدّيةُ فَسَقَطَ عنه قدرُ مالِه من الكِتابةِ ؛ لأنّ الأصلَ أنّ كُلّ ديتَيْنِ التَقَيا من جِنْسٍ واحدٍ في الذِّمّةِ ، وليس في إسقاطِه إبْطالُ العقدِ ، ولا استَحقّ قَبْضَه في المجلسِ ، فإنّه يصيرُ أحدُهما بالآخرِ قِصاصًا وما بقيَ يكونُ لوارِثِه لا للمولى ؛ لأنّه قاتِلُه فلا يَرِثُه وإنّما يصيرُ ذلك قِصاصًا إذا حَلّ أجَلُ الدّيةِ ؛ لأنّ القيمةَ وجَبَتْ عليه بالقتلِ مُؤَجّلةً .

---

(١) ليست في المخطوط .

وَلو قَتَلَ عبدُ المُكاتَبةِ رجلاً خَطَأً يُقالُ للمُكاتِب ادْفَعْه أو افْدِه بالدِّيةِ؛ لأنّ العبدَ من تِجارَتِه وكَسْبه فكان التّدْبيرُ إليه . كعبدِ المأذونِ جَنَى جِنايةً خَطَأً أنّه يُخَيَّرُ المأذونُ بين الدّفْعِ والفِداءِ، فالمُكاتِبُ أولى بخلافِ نفسِ المُكاتَب إذا جَنَى أنّه يَلْزَمُه الأقَلُّ من قيمَتِه ومن أرشِ الجِنايةِ؛ لأنّ نفسَ المُكاتَب لا تحتَمِلُ النّقْلَ بخلافِ كسْبه، وإذا لم يحتملِ النّقْلَ فتَعَذّرَ الدّفْعُ من غيرِ اختيارٍ فصار كما لو أعتَقَ نفسَ العبدِ الجاني من غيرِ علمِه بالجِنايةِ، وثَمّةَ يَلْزَمُه الأقَلُّ من قيمَتِه، ومن أرشِ الجِنايةِ كذا ههنا، وَيُؤْخَذُ المُكاتَبُ بأسباب الحُدودِ الخالِصةِ ونحوِها؛ كالزِّنا والسّرِقةِ والشُّرْب والسُّكرِ والقذْفِ (لا القِنُّ؛ لأنّه مأخوذٌ) [١] بها فالمُكاتَبُ أولى، وَلا يُقْطَعُ في سَرِقَتِه من مولاه؛ لأنّه عبدُه.

وكذا لا يُقْطَعُ في سَرِقَتِه من ابنِ مولاه، ولا من امرأةِ مولاه، ولا من كُلِّ ذي رَحِمٍ محرَمٍ من مولاه؛ لأنّ واحدًا من هؤلاء لو سَرَقَ حقّ المولى لا يُقْطَعُ فكذا مُكاتَبُه.

وكذا لو سَرَقَ واحدٌ من هؤلاء من المُكاتَب لا يُقْطَعُ؛ لأنّ واحدًا منهم لو سَرَقَ من المولى لا يُقْطَعُ، فكذا إذا سَرَقَ من المُكاتَب، وَلو سَرَقَ منه أجنَبيٌّ يُقْطَعُ بخُصومَتِه؛ لأنّ المُكاتَبَ أحقُّ بمَكاسِبه ومَنافِعِه فكان له حقُّ الخُصومةِ كالحُرِّ فيقطَعُ بخُصومَتِه .

وَيصحُّ من المولى وغيرِه نَسَبُ ولدِ أمَتِه المُكاتَبةِ إذا لم يكنْ له نَسَبٌ معروفٌ صَدّقَتْه المُكاتَبةُ أو كذّبَتْه جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ أو لأكثَرَ لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ أنّه ادّعَى نَسب ولدَ جاريةٍ مَمْلوكةٍ [٢/ ٢٠٩أ] له رَقَبةً فكان ولدُها مَمْلوكًا له أيضًا، ونَسَبُ ولدِ الجاريةِ المَمْلوكةِ يَثْبُتُ بالدّعْوةِ من غيرِ حاجةٍ [٢] إلى التّصْديقِ.

ثُمّ الأمةُ بالخيارِ إنْ شاءتْ عَجّزَتْ نفسَها وإنْ شاءتْ مَضَتْ على الكِتابةِ، فإنْ مَضَتْ على الكِتابةِ فلَها العُقْرُ إنْ كان العُلوقُ في حالِ الكِتابةِ بأنْ جاءَتْ به لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ الكِتابةِ؛ لأنّها أحقُّ بمَنافِعِها ومَكاسِبِها، والمولى كالأجنَبيِّ عنها، والعُقْرُ بَدَلُ مَنافِعِ بُضْعِها فيكونُ لها، وإنْ عَجّزَتْ نفسَها وصارتْ أُمَّ ولدٍ له سقط العقر [٣].

هذا إذا استَوْلَدَ مُكاتَبَتَه، فإنْ دَبّرَ مُكاتَبَتَه فكذلك هو بالخيارِ إنْ شاء نَقَضَ الكِتابةَ، وإنْ شاء مضى عليها لتَوَجُّه العتقِ إليه من (جِهَتَيْنِ، فكان) [٤] له الخيارُ فإنْ مات مولاه وهو لا

---

(١) في المخطوط: «لأن القن يؤخذ بها».
(٢) في المخطوط: «الحاجة».
(٣) في المطبوع: «سقط العقر».
(٤) في المخطوط: «وجهين أحدهما».

يَخْرُجُ من الثُّلُثِ فقد ذَكَرْنا الاختلافَ فيما تَقَدَّمَ .

وَلو ادَّعَى نَسب ولدِ جاريةِ المُكاتَب وليس له نَسَبٌ معروفٌ، وقد عَلِقَتْ به في ملكِ المُكاتَب صَحّتْ دَعْوَتُه لما قُلْنا ويَحْتاجُ فيه إلى تَصْديقِ المُكاتَب استِحْسانًا وقد ذَكَرْنا هذا في كِتاب الاستيلادِ، وَلا يُحْبَسُ المُكاتَبُ ببَدَلِ الكِتابةِ؛ لأنّه دَيْنٌ قاصِرٌ حتّى لا تجوزُ الكفالةُ عندَ عامّةِ العلماءِ، خلافًا لابنِ أبي لَيْلى هو يقولُ بأنّه دَيْنٌ فتَصحُّ الكفالةُ به كسائرِ الدُّيونِ [١] .

ولنا: أنّ حُكمَ الكفالةِ ثُبوتُ حقِّ المُطالَبةِ للكَفيلِ بمثلِ ما في ذِمّةِ الأصيلِ، وهذا لا يتحقّقُ ههنا؛ لأنّ الثّابتَ في ذِمّةِ الأصيلِ دَيْنٌ يُحْبَسُ به ودَيْنٌ [الكتابة] [٢] لا يُحْبَسُ به، فلو جَوّزْنا الكفالةَ به لم يكنِ الثّابتُ بها حقّ المُطالَبةِ بمثلِ ما في ذِمّةِ المكفولِ عنه، فلا يتحقّقُ حُكمُ الكفالةِ بخلافِ سائرِ الدُّيونِ .

وَأمّا الذي يتعَلّقُ بأداءِ بَدَلِ الكِتابةِ فهو عِتْقُ المُكاتَب ولا يعتِقُ إلاّ بأداءِ جميعِ بَدَلِ الكِتابةِ عندَ عامّةِ العلماءِ، وهو قولُ زيدِ بنِ ثابتٍ رضي الله عنه وقال عَليٌّ رضي الله تعالى عنه: يعتِقُ بقدرِ ما أدّى ويَبْقَى الباقي رَقيقًا [٣] . وقال [عبد الله] [٤] ابنُ مسعودٍ رضي الله عنه: إذا أعطَى مِقْدارَ قيمَتِه عَتَقَ ثُمّ يصيرُ بمنزلةِ الغريم [٥] وقال عبدُ اللّه بنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما: إذا كاتَبَ العبدُ مولاه فهو غَريمٌ من الغرَماءِ [٦]، وهذا يَدُلُّ على أنّ مذهبَه أنّ المُكاتَبَ يعتِقُ بنفسِ الكِتابةِ، وقد رَوَى محمّدُ بنُ الحسَنِ عن شُرَيْحٍ مثلَ ذلك .

وجه قولِ عليٍّ كرّمَ اللهُ وجهَه: أنّ المُكاتَبَةَ عقدُ مُعاوَضةٍ فإذا أدّى العبدُ بعضَ بَدَلِ الكِتابةِ إلى المولى فقد مَلَكَ المولى ذلك القدرَ، فلو لم يملِك من نَفَسِه ذلك القدرَ

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: المبسوط (٨/ ٦٠، ٦١).
(٢) زيادة من المخطوط .
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (١٠/ ٣٢٦)، برقم (٢١٤٤٦)، ولفظه: «. . .، وهو أنه يعتق بقدر ما أدى».
(٤) زيادة من المخطوط .
(٥) أورده القرطبي في «التفسير»، (١٢/ ٢٤٨)، ولفظه: «لو كانت الكتابة مائتي دينار وقيمة العبد مائة دينار فأدى العبد المائة التي هي قيمته عتق».
(٦) لم أقف عليه بهذا السياق .

لاجتَمع للمولى ملكُ البدَلِ والمُبْدَلِ وهذا لا يجوزُ.

وجه قولِ [عبد الله] [١] بنِ مسعودٍ رضي الله عنه: أنّ قيمةَ العبدِ ماليّةٌ فلو عَتَقَ بأداءِ ما هو أقلُّ من قيمَتِه لَتَضرّرَ به المولى، وإذا أدّى قدرَ قيمَتِه فلا ضَرَرَ على المولى.

وجه قولِ ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما: أنّه لو لـم يعتِقْ بنفسِ العقدِ لَوَجَبَ للمولى على عبدِه دَيْنٌ، ولا يجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ، ولأنّ الكِتابةَ إعتاقٌ على مالٍ، ومَنْ أعتَقَ عبدَه على مالٍ وقَبلَ العبدُ عَتَقَ، والمالُ دَيْنٌ عليه، كذلك ههنا.

وجه قولِ زيدِ بنِ ثابتٍ رضي الله عنه: قولُ النّبيِّ ﷺ: **«الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»** وهذا نصٌّ في الباب، ولأنّ المولى عَلّقَ عِتْقَه بأداءِ جميعِ بَدَلِ الكِتابةِ فلا يعتِقُ ما لم يُؤَدِّ جميعَه، كما لو قال لعبدِه: إذا أدّيْت إليّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ أنّه لا يعتِقُ ما لم يُؤَدِّ جميعَ الألفِ، كذا ههنا.

ثُمّ العتقُ كما يَثْبُتُ بأداءِ بَدَلِ الكِتابةِ يَثْبُتُ بأداءِ العِوَضِ عن بَدَلِ الكِتابةِ؛ لأنّ عِوَضَ الشّيءِ يقومُ مقامَه ويَسُدُّ مسَدّه كأنّه هو، كما في البيعِ وغيرِه على أنّ بَدَلَ الكِتابةِ دَيْنٌ في ذِمّةِ العبدِ، وقضاءُ الدُّيونِ يكونُ بأعواضِها لا بأعيانِها، وكذا يَثْبُتُ بالإبْراءِ لما نَذْكُرُ.

ثُمّ إذا أدّى بَدَلَ الكِتابةِ وعَتَقَ يعتِقُ ولدُه المولودُ في الكِتابةِ بأنْ وُلِدَ للمُكاتَب ولدٌ من أمةٍ اشترَاها؛ [لأنّه] [٢] صار مُكاتَبًا تَبَعًا للأب، فيَثْبُتُ فيه حُكمُ الأصلِ إلاّ أنّ للمولى أنْ يُطالب الأبَ دونَ الولدِ؛ لأنّه لم يدخل في العقدِ مقصودًا بل تَبَعًا، فلا يملِكُ مُطالَبَةَ التّبَعِ حالَ قيامِ المتْبوعِ، وكَما يعتِقُ المُكاتَبُ بالأداءِ من كسْبه يعتِقُ بالأداءِ من كسْب ولدِه؛ لأنّ كسْبَ الولدِ كسْبُه، فإذا أدّى يعتِقُ هو ووَلَدُه، وكذا ولدُه المُشْترِكُ في الكِتابةِ، ووَلَدُ ولدِه وإنْ سَفَلَ، والوالِدونَ وإنْ عَلوا، إذا اشترَاهم المُكاتَبُ يدخلونَ في الكِتابةِ كالولدِ المولودِ سَواءً، لا فرقَ بينهم إلاّ في فصلٍ واحدٍ، وهو أنّه إذا مات المُكاتَبُ من غيرِ مالٍ يُقالُ للوَلَدِ المُشْتَرَى وللوالِدَيْنِ: إمّا أنْ تُؤَدّوا الكِتابةَ حالاً، وإلاّ رَدَدْناكُم في الرِّقِّ، بخلافِ الولدِ المولودِ في الكِتابةِ لما نَذْكُرُ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

وأمّا ما سِوَى الوالِدَيْنِ والمولودينَ من ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ؛ كالأخِ والعمِّ والخالِ ونحوِهم فهل يدخلونَ في الكِتابةِ؟ قال أبو حنيفةَ: لا يدخلونَ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: يدخلونَ ويَسْعَوْنَ [٢/ ٢٠٩ب] على النجوم [١] بمنزلةِ الوالِدَيْنِ والمولودينَ، والأصلُ عندَهما أنّ كُلّ مَنْ إذا مَلَكَه الحُرُّ يعتِقُ عليه، فإذا مَلَكَه المُكاتَبُ يتكاتَبُ عليه ويقومُ مقامَه.

وجه قولِهما: أنّ المُكاتَبةَ [٢] عقدٌ يُفْضي إلى العتقِ فيُعْتَبَرُ بحقيقةِ العتقِ، والحُكمُ في الحقيقةِ هذا [كذا في السبب] [٣] المُفْضي إليه، ولهذا اعتُبرَ بحقيقةِ العتقِ في الوالِدينَ والمولودينَ كذا ههنا.

ولأبي حنيفةَ أنّ الأصلَ أنْ لا يَثْبُتَ التّكاتُبُ رأسًا؛ لأنّ ملكَ المُكاتَب ملكٌ ضَروريٌّ لكَوْنِه مَمْلوكًا ما بقيَ عليه درهمٌ، فلا يَظْهَرُ في حقِّ [٤] التّبَرُّعِ والعتقِ وإنّما يَظْهَرُ في حقِّ حُرّيّةِ نَفَسِه، إلاّ أنّ حُرّيّةَ ولدِه وأبَوَيْه في معنى حُرّيّةِ نفسِه لمَكانِ الحُرّيّةِ، ولم يوجدْ في سائرِ ذَوي الرّحِمِ [المَحْرَمِ] [٥]، فبقيَ [٦] الأمرُ فيهم على الأصلِ، وبَدَلُ القياسِ من وجهٍ آخَرَ يقتَضي أنْ لا يدخلَ الولدُ؛ لأنّه كسْبُه، وحقُّ الحُرّيّةِ لا يَسْري (إلى الكسب) [٧] ككَسْبِ أُمِّ الولدِ والمُدبّرِ، وإنّما استَحْسَنّا الوِلادَ بحُكمِ الحُرّيّةِ ولم يوجدْ والولدُ المُنْفَصِلُ قبل العقدِ لا يدخلُ في الكِتابةِ، ويكونُ للمولى.

وَلو اختَلَفا فقال المولى: وُلِدَ قبل العقدِ وقالتِ المُكاتَبةُ: بعدَ العقدِ يُنْظَرُ إنْ كان الولدُ في يَدِ المولى فالقولُ قولُه أنّه انفَصَلَ قبل العقدِ، وإنْ كان في يَدِ الأمةِ فالقولُ قولُها، ويَحْكُمُ فيه الحالُ؛ كمَنِ استَأجَرَ عبدًا أو مَضَتْ مُدّةُ الإجارةِ، ثُمّ اختَلَفا فادّعَى المُسْتَأجِرُ الإباقَ والمُؤاجِرُ [٨] يُنْكِرُ أنّه يُنْظَرُ إنْ كان في الحالِ آبقًا فالقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ، وإنْ لم يكنْ في الحالِ آبقًا فالقولُ قولُ المُؤاجِرِ.

---

(١) في المخطوط: «العموم».
(٢) في المخطوط: «الكتابة».
(٣) في المطبوع: «فكذا في كسب الكسب».
(٤) في المخطوط: «جواز».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فيبقى».
(٧) في المطبوع: «للإكساب».
(٨) في المخطوط: «والآجر».

وكذلك هذا في الطّاحونةِ إذا اختَلَفا في انقِطاعِ الماءِ وجَرَيانِه، فإنْ كان في الحالِ مُنْقَطِعًا، فالقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ وإنْ كان جاريًا فالقولُ قولُ المُؤاجِرِ، ولو تَصادَقا في الإباقِ والانقِطاعِ واختَلَفا في مُدّةِ الإباقِ والانقِطاعِ فالقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ؛ لأنّه مُنْكِرُ وجوبَ الزّيادةِ وسَواءٌ كان الأداءُ في حالِ حَياةِ العاقِدَيْنِ، أو بعدَ موتِهما حتّى لو مات المولى فأدّى المُكاتَبُ إلى ورَثَتِه عَتَقَ؛ لأنّ العقدَ لا يَنْفَسِخُ بموتِ المولى بلا خلافٍ.

وَكذا لو مات المُكاتَبُ عن وفاءٍ [١] يُؤَدّى بَدَلُ الكِتابةِ إلى المولى ويُحْكَمُ بعِتْقِه عندَنا [٢]. وعندَ الشّافعيِّ: لا يعتِقُ ويُسَلّمُ البدَلُ للمولى [٣] بناءً على أنّ عقدَ الكِتابةِ لا يَنْفَسِخُ [بموتِ المُكاتَبِ عندَنا، كما لا يَنْفَسِخُ بموتِ المولى. وعندَه يَنْفَسِخُ بموتِ المُكاتَبِ] [٤]، وقد اختلف الصّحابةُ رضي الله عنهم في المُكاتَب إذا مات عن وفاءٍ أنّه يموتُ حُرًّا أو عبدًا.

قال عَليٌّ [بن أبي طالب] [٥] رضي الله عنه وعبدُ اللّه بنُ مسعودٍ رضي الله عنه: يموتُ حُرًّا فيُؤَدّى بَدَلُ كِتابَتِه ويُحْكَمُ بحُرّيّتِه، وبه أخذ أصحابُنا، وعن زيدِ بنِ ثابتٍ رضي الله عنه أنّه يموتُ عبدًا والمالُ كُلُّه للمولى [٦]، وبه أخذ الشّافعيُّ.

وجه قولِ الشّافعي: أنّه لو عَتَقَ لا يَخْلو إمّا أنْ يعتِقَ قبل موتِه، وإمّا أنْ يعتِقَ بعدَ موتِه، لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ العتقَ مُعَلّقٌ بأداءِ البدَلِ، والأداءُ لم يوجدْ قبل الموتِ، ولا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ مَحلّ العتقِ قد فاتَ؛ لأنّ مَحلّه الرِّقُّ، وقد فاتَ بالموتِ، وإثباتُ الشّيءِ

---

(١) أي: إن مات وله مال يفي بِبَدَل الكتابة. انظر مجمع الأنهر (٢/ ٤٢٠).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ٢١٥-٢١٦)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ١١٢)، فتح القدير (٩/ ٢٠٨)، درر الحكام (٢/ ٣٢)، البحر الرائق (٨/ ٦٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٢٠)، رد المحتار (٦/ ١١٣).

(٣) يقول النووي في بيان مذهب الشافعية: «إذا مات المكاتب قبل تمام الأداء انفسخت الكتابة، ومات رقيقًا فلا يورث، وتكون أكسابه لسيده وتجهيزه عليه سواء خلف وفاءً بالنُّجُوم (الأقْسَاط) أم لا، وسواء كان الباقي قليلاً أو كثيرًا، وسواء حَطَّ عنه شيئًا أم لا...» روضة الطالبين (١٢/ ٢٥٨)، الأم (٨/ ٥٦)، أسنى المطالب (٤/ ٤٨٨)، الغرر البهية (٥/ ٣٢٥)، التجريد لنفع العبيد (٤/ ٤٣٧).

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٢٤)، حديث (٢١٤٣٢)، عن زيد بن ثابت موقوفًا وهو صحيح، وانظر الإرواء (١٧٦٨).

في غيرِ مَحلِّه مُحالٌ، فامتَنَعَ القولُ بالعتقِ، ولا يُقالُ: إنّه يعتِقُ مُستَنِدًا إلى آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه، وهو [(١)] قابلٌ للعِتْقِ في ذلك الوقتِ؛ لأنّ الأصلَ فيما يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا أنّه يَثْبُتُ للحالِ، ثُمّ يَسْتَنِدُ، ألا تَرَى أنّ مَنْ باعَ مالَ الغيرِ تَوَقّفَ على إجازةِ المالِكِ عندَكُم، فإنْ هَلَكَ المالُ، ثُمّ أجاز المالِكُ لا تَلْحقُه الإجازةُ؛ لأنّ الحُكمَ يَثْبُتُ عندَ الإجازةِ مُسْتَنِدًا، فيُراعَى (قيامُ مَحَلٍّ) [(٢)] الحُكمِ للحالِ، والمحَلُّ ههنا لا يحتملُ العتقَ للحالِ، فلا يَسْتَنِدُ.

ولنا: ما رُوِيَ عن قَتادةَ أنّه قال: قُلْت لسَعيدِ بنِ المُسَيِّب: إنّ شُرَيْحًا قال في المُكاتَب إذا مات عن وفاءٍ وعليه دَيْنٌ بُدِئَ بدَيْنِ الكِتابةِ، ثُمّ بالدّيْنِ. فقال سَعيدٌ: أخطَأَ شُرَيْحٌ، وإنْ كان قاضيًا [(٣)]، فإنّ زيدَ بنَ ثابتٍ رضي الله عنه يقولُ: إنّ المُكاتَبَ إذا مات عن وفاءٍ وعليه دَيْنٌ بُدِئَ بالدّيْنِ، ثُمّ بالكِتابةِ، فاختلافُ الصّحابةِ رضي الله عنهم في التّرْتيب دليل على اتِّفاقِهم على بقاءِ عقدِ الكِتابةِ بعدَ الموتِ.

فرِوايةُ قَتادةَ تُشيرُ إلى إجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ما قُلْنا، ومثلُه لا يَكذِبُ فلا يُعْتَدُّ بخلافِ الشّافعيِّ؛ لأنّ العتقَ في الحقيقةِ مُعَلّقٌ بسَلامةِ البدَلِ للمولى إمّا صورةً ومعنًى بالاستيفاءِ، وإمّا معنًى لا صورةً بأخذِ العِوَضِ أو الإبْراءِ لا بصورةِ الأداءِ من المُكاتَب؛ لأنّ العتقَ يَثْبُتُ من غيرِ أداء أصلاً بأخذِ المولى وبالإبْراءِ، وقد سَلِمَ البدَلُ للمولى إمّا صورةً ومعنًى بالاستيفاءِ وإمّا معنًى لا صورةً بالإبْراءِ.

أمّا طريقُ الاستيفاءِ فلأنّ هذا عقدُ مُعاوَضةٍ بين المولى والمُكاتَب، وحُكمُه في جانِبِ المولى ملكُ البدَلِ وسَلامَتُه، وفي جانِبِ المُكاتَب سَلامةُ رَقَبَتِه بالحُرّيّةِ وسَلامةُ أولادِه وأكسابه حالَ سَلامةِ البدَلِ للمولى، وفي الحالِ زوالُ [٢/ ٢١٠أ] يَدِ المولى عنه وصَيْرورَتُه أحقّ بمَنافِعِه ومَكاسِبه، وقد ثَبَتَ الملكُ في المُبْدَلِ للمولى في ذِمّةِ العبدِ للحالِ، حتّى لو تبَرّعَ عنه إنسانٌ بالأداءِ وقَبِلَ المولى صَحّ.

---

(١) في المخطوط: «لأنه». (٢) في المخطوط: «محل قيام محل».

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (١٠/ ٣٣٢)، برقم (٢١٤٧٩)، ولفظه: «قال قتادة أخبرني، قال: قلت لسعيد بن المسيب: إن شريحًا كان يقول يبدأ بالمكاتبة قبل الدين أو يشرك بينهما - شك شعبة - فقال ابن المسيب: أخطأ شريح وإن كان قاضيًا. قال زيد بن ثابت: يبدأ بالدين...».

ولو أبْرأه جاز الإبْراءُ ويعتِقُ، وَلو أحالَ المُكاتَب مولاه على غَريم له عليه دَيْنٌ من أكسابه وقَبلَ المولى صَحّ وعَتَقَ، وإذا ثَبَتَ الملكُ للمولى في البدَلِ كان يَنْبَغي أنْ يَزول المُبْدَلُ من (١) ملكِه، وهو رَقَبةُ المُكاتَب، وتَسْلَمُ له رَقَبَتُه تَحْقيقًا للمُساواةِ في عقدِ المُعاوَضةِ، إذِ المُعاوَضةُ في الحقيقةِ بين البدَلِ والرّقَبةِ كما في سائرِ المُعاوَضاتِ من البيعِ والإجارةِ، كما في الخُلْعِ والإعتاقِ على مالٍ، إلاّ أنّ الزّوالَ لو ثَبَتَ ههنا للحالِ بقيَ الدّيْنُ في ذِمّةِ المُفْلِسِ، ويتكاسل في الأداءِ فيتضَرّرُ به المولى، فيمْتَنِعُ النّاسُ عن الكِتابةِ، فشُرِعَ هذا العقدُ على خلافِ موجَب المُعاوَضاتِ في ثُبوتِ السّلامةِ وزوالِ المُبْدَلِ (٢) عن المولى إلاّ بسَلامةِ البدَلِ له على الكمالِ نَظَرًا للموالي وتَرْغيبًا لهم في عقدِ الكِتابةِ، ونَظَرًا للعَبيدِ ليتوَصّلوا إلى العتقِ، فإذا جاءَ آخِرُ حَياتِه وعَجَزَ عن الكسْب انتقَلَ الدّيْنُ من ذِمّتِه إلى أكسابه كما في الحُرّ، إلاّ أنّ الكسْبَ قد لا يَسْلَمُ له إمّا بالهَلاكِ، أو بأخذِ الورَثةِ، فإذا أدّى ذلك إلى المولى فقد وُجِدَ الشّرطُ، وهو سَلامةُ البدَلِ للمولى فيَسْلَمُ المُبْدَلُ للمُكاتَب، وهو رَقَبَتُه له .

وأمّا الإبْراءُ : فهو أنّه لَمّا بَلَغَ آخِرَ حَياتِه يَسْقُطُ عنه المُطالَبةُ بأداءِ البدَلِ لَعَجْزِه عن الأداءِ بنفسِه، وانتقَلَ إلى المالِ خَلَفًا عن المُطالَبةِ عنه، فيُطالبُ به وصيُّه، أو وارِثُه، أو وصيُّ القاضي، فإذا أدّى النّائبُ سَقَطَتِ المُطالَبةُ عن النّائب في آخِرِ حَياتِه، فيَبْرأُ عن بَدَلِ الكِتابةِ، وتَسْقُطُ عنه المُطالَبةُ في ذلك الوقتِ فيعتِقُ في ذلك الوقتِ، وقد خرج الجوابُ عَمّا ذَكَرَه الشّافعيُّ لما ذَكَرْنا أنّ الشّرطَ ليس هو [من] (٣) صورةِ الأداءِ، بل سَلامةُ البدَلِ صورةً ومعنًى بالاستيفاءِ أو معنًى بالإبْراءِ وقد حَصَلَ .

ومن أصحابنا مَنْ قال : إنّ العتقَ يَثْبُتُ بعدَ الأداءِ مقصورًا عليه ويَبْقَى حَيًّا تقديرًا لإحرازِ شرَفِ الحُرّيّةِ، كما يَبْقَى المولى حَيًّا بعدَ الموتِ تقديرًا لإحرازِ شرَفِ الكِتابةِ، ويَثْبُتُ العتقُ فيه، وهو مُثْبَتٌ حقيقةً، ويُقَدّرُ حَيًّا على اختلافِ طريقِ أصحابنا (في ذلك) (٤) على ما عُرِفَ في الخلافيّاتِ .

وَلو مات المُكاتَبُ وتَرَك وفاءً وأولادًا أحْرارًا بأنْ وُلِدوا من امرأةٍ حُرّةٍ، يُؤَدّى بَدَلُ

---

(١) في المخطوط : «عن» .
(٢) في المخطوط : «اليد» .
(٣) ليست في المخطوط .
(٤) في المخطوط : «وذلك» .

كِتابَتِه وما فضَلَ يكونُ ميراثًا بين أولادِه الأحْرارِ؛ لأنّ المُكاتَبَ يعتِقُ في آخِرِ جزءٍ من حَياتِه، ثُمّ يموتُ فيموتُ حُرًّا فيَرِثُ منه أولادُه الأحْرارُ، وكذلك أولادُه الذينَ وُلِدوا في الكِتابةِ؛ لأنّهم صاروا مُكاتَبينَ تَبَعًا له، فإذا عَتَقَ هو في آخِرِ حَياتِه يعتِقونَ هم أيضًا تَبَعًا له، فإذا مات هو فقد مات حُرًّا وهم أحْرارٌ فيَرِثونَه، وكذا أولادُه الذينَ اشتَراهم في الكِتابةِ ووَلَداه لما قُلْنا، وكذا ولدُه الذي كوتِبَ معه كِتابةً واحدةً؛ لأنّه عَتَقَ معه في آخِرِ حَياتِه فيَرِثُه، وأمّا ولدُه الذي كاتَبَه كِتابةً على حِدةٍ لا يَرِثُه؛ لأنّه لا يعتِقُ بعِتْقِه فيموتُ حُرًّا ووَلَدُه مُكاتَبٌ، والمُكاتَبُ لا يَرِثُ الحُرّ .

وَلو مات وترك وفاءً وعليه دَيْنٌ أجنبيٌّ، ودينُ المولى غيرُ الكِتابةِ، وله وصايا من تَدْبيرِه وغيرُ ذلك، وتَرَك ولدًا حُرًّا، أو ولدًا وُلِدَ له في الكِتابةِ من أمَتِه، يُبْدَأُ بدَيْنِ الأجانِب، ثُمّ بدَيْنِ المولى، ثُمّ بالكِتابةِ، والباقي ميراثٌ بين سائرِ أولادِه، وبَطَلَتْ وصاياه، أمّا بُطْلانُ وصاياه فلِوَجْهَيْنِ:

احدُهما: يَخُصُّ التّدْبيرَ .

والثّاني: يَعُمُّ سائرَ الوصايا .

امّا الأوّلُ: فلأنّ المُدَبّرَ يعتِقُ بموتِ السّيِّدِ، والمُكاتَبُ ليس من أهلِ الإعتاقِ .

وامّا الثّاني: فلأنّه إذا أدّى عنه بعدَ الموتِ، فإنّه يُحْكَمُ بعِتْقِه في آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه، وذلك زَمانٌ لَطيفٌ لا يَسَعُ الوصيّةَ، ثُمّ انتَقَلَ الملكُ إلى الوارِثِ، والملكُ للموصَى له يَثْبُتُ بعقدِ الوصيّةِ الذي هو فعلُه، فإذا لم يَتّسِعِ الوقتُ (له لا يُمْكِنُ) [1] إثباتُه بخلافِ الميراثِ؛ لأنّ الملكَ يَنْتَقِلُ إلى الورَثةِ من غيرِ صُنْعِ العبدِ، وإذا بَطَلَتِ الوصايا بقيَتِ الدُّيونُ .

وأمّا تَرْتيبُ الدُّيونِ فيُبْدَأُ بدَيْنِ الأجنَبيِّ؛ لأنّ الأصلَ في الدُّيونِ المُتَعَلِّقةِ بالتّرِكةِ أنّه يُبْدَأُ بالأقوَى فالأقوَى، كما في دَيْنِ الصِّحّةِ مع دَيْنِ المرَضِ، ودينُ الأجنَبيِّ أقوَى من دَيْنِ المولى؛ لأنّه لا يَبْطُلُ بالرِّقِّ ودَيْنُ المولى يبطل به، الاترى أنه لو عجز ورد في الرق بطل دين المولى، ولا يَبْطُلُ دَيْنُ الأجنَبيِّ، بل يُباعُ فيه، فيَبْدَأُ بدَيْنِ الأجنَبيِّ، ثُمّ يُنْظَرُ في بقيّةِ

(١) في المخطوط: «لا يمكنه».

التَرِكةِ، فإنْ كان فيها وفاءٌ بدَيْنِ المولى وبالكِتابةِ بُدِئَ بدَيْنِ المولى، ثُمّ بالكِتابةِ؛ لأنّ دَيْنَ المولى أقوَى من دَيْنِ الكِتابةِ، بدَليلِ [٢/ ٢١٠ب] أنّه تَصحُّ الكفالةُ به، ولا تَصحُّ بدَيْنِ الكِتابةِ.

وكذا المُكاتَبُ يملِكُ إسقاطَ دَيْنِ المُكاتَبةِ [١] عن نَفسِه قَصْدًا بأنْ يُعَجِّزَ نَفسَه، ولا يملِكُ إسقاطَ دَيْنِ المولى قَصْدًا بل يَسْقُطُ ضَرورةً بسُقوطِ الكِتابةِ، فكان دَيْنُ المولى أقوَى فيُقَدّمُ على دَيْنِ الكِتابةِ، وإنْ لم يكنْ في التّرِكةِ وفاءٌ بالدينين [٢] جميعًا بُدِئَ بدَيْنِ الكِتابةِ؛ لأنّه لو بُدِئَ بقضاءِ دَيْنِ المولى لَبَطَلَ القضاءُ؛ لأنّه إذا قضَى ذلك فقد صار عاجِزًا، فيكونُ قد مات عاجِزًا، فتَبْطُلُ الكِتابةُ، فلم يصحّ القضاءُ؛ لأنّه بالعجْزِ صار [٣] قِنًّا، ولا يجبُ للمولى على عبدِه القِنِّ دَيْنٌ، وليس في البُداءةِ بقضاءِ دَيْنِ الكِتابةِ إبْطالُ القضاءِ، فيكونُ أولى، فيُبْدَأُ بالكِتابةِ حتّى يعتِقَ، ويكونُ دَيْنُ المولى في ذِمّتِه، فرُبّما يُسْتَوْفَى منه إذا ظَهَرَ له مالٌ، وما فضَلَ عن هذه الدُّيونِ فهو ميراثٌ لأولادِه الأحْرارِ من امرأةٍ حُرّةٍ، ولأولادِه المولودينَ في الكِتابةِ؛ لأنّهم عَتَقوا بعِتْقِه في آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه فيَرِثونَ كالحُرِّ الأصليِ.

وَلو مات وترك وفاءً وعليه دَيْنٌ وجِنايةٌ ومُكاتَبةٌ ومَهْرٌ، وأولادٌ أحْرارٌ من امرأةٍ حُرّةٍ، وأولادٌ وُلِدوا في الكِتابةِ من أمَتِه، وأولادٌ اشتَراهم، يُبْدَأُ بالدّيْنِ، ثُمّ بالجِنايةِ، ثُمّ بالكِتابةِ، ثُمّ يكونُ الباقي ميراثًا لجميعِهم؛ لأنّ الدّيْنَ أقوَى [٤] من الكِتابةِ لما بيّنّا، ثُمّ يُنْظَرُ إلى ما بقيَ من المالِ، فإنْ كان فيه وفاءٌ بالكِتابةِ فإنّه يُبْدَأُ بالجِنايةِ؛ لأنّه إذا كان به وفاءٌ بالجِنايةِ صار كأنّ المُكاتَبَ قِنٌّ، فيُقْضَى عليه بالجِنايةِ. ومَتَى قُضيَ عليه بالجِنايةِ يصيرُ عاجِزًا إذا لم يكنْ في الباقي وفاءٌ، وإنْ لم يكنْ في المالِ وفاءٌ بالكِتابةِ، وكان فيه وفاءٌ بالخيارِ، أو لم يكنْ فقد مات المُكاتَبُ عبدًا وبَطَلَتِ الجِنايةُ؛ لأنّه لا حقَّ لصاحِبِ الجِنايةِ في مالِ العبدِ، وإنّما كان حقُّه في الرّقَبةِ، وقد فاتَتِ الرّقَبةُ، وهذا إذا كان القاضي لم يقضِ بالجِنايةِ في حالِ حَياتِه، فإنْ كان القاضي قضَى عليه بالجِنايةِ صار حُكمُه حُكمَ سائرِ الدُّيونِ.

وأمّا المهرُ، فإنْ كان تزوّجَ نِكاحًا صَحيحًا بإذنِ المولى، فحُكمُه حُكمُ سائرِ الدُّيونِ،

---

(١) في المخطوط: «الكتابة».
(٢) في المطبوع: «بالديون».
(٣) في المخطوط: «عاد».
(٤) في المخطوط: «أولى».

وإنْ كان النِّكاحُ بغيرِ إذنِ المولى لا يجبُ للمرأةِ شيءٌ ما لم يقضِ سائرَ الدُّيونِ والجِنايةِ والكِتابةِ، فإنْ فضَلَ شيءٌ يُصْرَفْ إلى المهرِ؛ لأنّ في النِّكاحِ الفاسِدِ إنّما يُتْبَعُ بالمهرِ بعدَ العتاقِ؛ لأنّه لا يصحُّ في حقِّ المولى، فإذا زالَ حقُّ المولى فحينئذٍ يُؤاخَذُ به، فإنْ أُدِّيَتْ كِتابَتُه وحُكِمَ بحُرّيّتِه وحُرّيّةِ أولادِه صار الباقي ميراثًا لأولادِه كُلِّهم؛ لأنّهم عَتَقوا بعِتْقِه.

وكذلك إنْ كان الابنُ مُكاتَبًا معه؛ لأنّهم عَتَقوا في زَمانٍ واحدٍ، وإنْ (كاتَبَ الابنَ مُكاتَبةً) [1] على حِدةٍ لا يَرِثُ منه؛ لأنّه لا يعتِقُ بعِتْقِه ولا يَسْتَنِدُ عِتْقُه في حقِّه، فلا يَرِثُ منه.

وَإِنْ مات [2] المُكاتَبُ من غيرِ وفاءٍ وترك ولدًا مولودًا في الكِتابةِ، بأنْ ولدت [3] أمَتُه التي اشتَراها، بأنْ كان المُكاتَبُ تزوّجَ أمةَ إنسانٍ بإذنِ مولاه، فوَلَدَتْ منه، ثُمّ اشتَراها المُكاتَبُ ووَلَدَها، أو المُكاتَبةُ ولدَتْ من غيرِ مولاها، فإنّه يَسْعَى في الكِتابةِ على نُجومِ أبيه ولا يَبْطُلُ الأجَلُ؛ لأنّه إذا مات لا عن وفاءٍ فقد مات عاجِزًا، فقامَ الولدُ مقامَه كأنّه حَيٌّ. ولو كان حَيًّا حقيقةً لَكان يَسْعَى على نُجومِه، فكذا ولده [4]، بخلافِ ما إذا مات عن وفاءٍ؛ لأنّه مات قادِرًا فيُؤَدّى بَدَلُ الكِتابةِ للحالِ ولا يُؤَخّرُ إلى أجَلِه، بل يَبْطُلُ الأجَلُ؛ لأنّ موتَ مَنْ عليه الدَّيْنُ يُبْطِلُ الأجَلَ في الأصلِ كما في سائرِ الدُّيونِ، وليس ههنا أحدٌ يقومُ مقامَه حتّى يُجْعَلَ كأنّه حَيٌّ، وإذا أدّى السِّعايةَ عَتَقَ أبوه وهو.

وأمّا ولدُه المُشْتَرَى في الكِتابةِ فإنّه لا يَسْعَى على نُجومِه، بل يُقالُ له: إمّا أنْ تُؤَدّيَ السِّعايةَ حالاً أو تُرَدّ إلى الرِّقِّ، ولا يُقالُ ذلك للمولودِ في الكِتابةِ، بل يَسْعَى على نُجومِ أبيه ولا يُرَدُّ إلى الرِّقِّ، إلاّ إذا أخَلّ بنَجْمٍ أو بنَجْمَيْنِ على الاختلافِ، وإنّما كان ذلك؛ لأنّ دُخول الولدِ في الكِتابةِ بطريقِ التّبَعيّةِ، وتَبَعيّةُ الولدِ المولودِ في الكِتابةِ أشَدُّ من تَبَعيّةِ المُشْتَرَى في الكِتابةِ؛ لأنّ تَبَعيّتَه باعتِبارِ الجزئيّةِ، والجزئيّةُ في الولدِ المولودِ في الكِتابةِ حَصَلَتْ في العقدِ، فكان بمنزلةِ المُكاتَب نفسِه، والحُكمُ في المُكاتَب على ما ذَكَرْنا فكذا فيه، ولا كذلك الولدُ المُشْتَرَى؛ لأنّ جزئيّةَ ما حَصَلَتْ في العقدِ فانحَطّتْ دَرَجَتُه عنه، فلا بُدّ من إظهارِ ذلك في الحُكمِ تَرْتيبًا للأحكامِ على مَراتِب الحُجَجِ في القوّةِ والضّعْفِ.

---

(١) في المخطوط: «كان الابن مكاتبًا».
(٢) في المخطوط: «كان».
(٣) في المخطوط: «ولدته».
(٤) في المخطوط: «ذلك».

وذَكَرَ القاضي في شرحِ الكافي الخلافَ في المسألةِ، وجعل ما ذَكَرْنا قول أبي حنيفةَ، وأمّا على قولِهما فالولدُ المُشْتَرَى، والولدُ المولودُ سَواءٌ.

وجه قولِهما: أنّ التّكاتُبَ على (١) الولدِ المولودِ لمَكانِ التّبَعيّةِ، وهي موجودةٌ في المُشْتَرَى، وجَوابُ أبي حنيفةَ عن هذا أنّ معنى [٢/ ٢١١أ] التّبَعيّةِ في المولودِ أقوَى منه في المُشْتَرَى فلا يصحُّ القياسُ.

ولو مات من غيرِ وفاءٍ وترك الدُّيونَ التي ذَكَرْنا فالخيارُ في ذلك إلى الولدِ يَبْدَأُ بأيِّ ذلك شاء؛ لأنّ المُكاتَبَ إذا لم يَتْرُكْ وفاءً صار التّدْبيرُ إلى الولدِ؛ لأنّه يقضي من كسْبه فيَبْدَأُ بأيِّ ذلك شاء، فإنْ أخَلّ بنَجْمٍ، أو بنَجْمَيْنِ على الاختلافِ يُرَدّ في (٢) الرِّقّ، ولو كان بعضُ أولادِه غائبًا وبعضُهم حاضِرًا فعَجَزَ الحاضِرُ لا يُرَدُّ في (٣) الرِّقِّ حتّى يَحْضُرَ الغائبُ؛ لجَوازِ أنّ الغائبَ يَحْضُرُ فيُؤَدّي.

وَلو مات المُكاتَبُ ولم يَتْرُكْ وفاءً لكنّه ترك أُمّ ولدٍ، فإنْ لم يكنْ معها ولدٌ بيعَتْ في المُكاتَبةِ، وإنْ كان معها ولدٌ استَسْعَتْ فيها على الأجَلِ الذي كان للمُكاتَب صَغيرًا كان ولدُها أو كبيرًا، بناءً على أنّ المُكاتَبَ إذا اشترى أُمّ ولدٍ وليس معها ولدٌ فإنّها لا تدخلُ في مُكاتَبَتِه، وكان له أنْ يَبيعَها عندَ أبي حنيفةَ.

وكذا الموالاةُ عندَهما تدخلُ في مُكاتَبَتِه، فكذلك بعدَ موتِه تكونُ بمنزلَتِه لَمّا دخلَتْ في الكِتابةِ، وإذا كان معها [ولدٌ] (٤) فإنّها تَتْبَعُ ولدَها في الكِتابةِ عندَ أبي حنيفةَ، ولا يجوزُ بيعُها، فكذا بعدَ الموتِ إذا كان معها ولدٌ ولدَتْه في الكِتابةِ، ويصيرُ كأنّه قائمٌ؛ لأنّ الابنَ قامَ مقامَه.

وعلى قولِهما: لا فرقَ بين وجودِ الولدِ وعَدَمِه.

وجه قولِهما: أنّها إنّما تَسْعَى؛ لأنّ عَتاقَ الاستيلادِ بمنزلةِ عَتاقِ النّسَب، فلا يَبْطُلُ بموتِ الولدِ، فكان حالُها بعدَ موتِ الولدِ وقبله واحدًا.

ولأبي حنيفةَ أنّه لا وِراثةَ بينه وبينها، وإنّما دخلَتْ في كِتابَتِه لكِتابةِ ولدِها تبَعًا، فإذا

---

(١) في المخطوط: «في».
(٢) في المخطوط: «إلى».
(٣) في المخطوط: «إلى».
(٤) زيادة من المخطوط.

مات الولدُ بَطَلَتْ كِتابَتُها؛ لأنّ كِتابةَ الولدِ بَطَلَتْ بموتِه فيَبْطُلُ ما كان تَبعًا له، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ .

وَلو ولدَتِ المُكاتَبةُ ولدًا واشترتْ ولدًا، ثُمّ ماتتْ سَعْيًا في الكِتابةِ على النُّجومِ والذي يَلِي الأداءَ المولودُ في الكِتابةِ، وهذا بناءً على أنّ [الولد] [1] المولودَ في الكِتابةِ يقومُ مقامَ المُكاتَبِ، والولدُ المُشْتَرَى لا يقومُ مقامَه على الاتِّفاقِ، أو على الاختلافِ، إلاّ أنّه يَسْعَى تَبعًا للوَلَدِ المولودِ في الكِتابةِ فلا تجبُ عليه السِّعايةُ .

ألا تَرَى أنّ محمّدًا ذَكَرَ في الأصلِ، فإنْ قُلْت: فلا يجبُ على الآخَرِ شيءٌ من السِّعايةِ، قال: لأنّها لو لم تَدَعْ غيرَه بيعَ، إلاّ أنْ يُؤَدّيَ الكِتابةَ عاجِلاً، وإنّما قُلْنا: إنّ الذي يَلِي الأداءَ هو الولدُ المولودُ في الكِتابةِ؛ لما ذَكَرْنا أنّ الولدَ المُشْتَرَى لا يقومُ مقامَ المُكاتَب على الاتِّفاقِ، أو على أصلِ أبي حنيفةَ، والمُكاتَبةُ ولو كاتَبَ حَيّةً لَكانت تملِكُ كسْبَ ولدِها المُشْتَرَى، فكذا الذي يقومُ مقامَها، وإنْ سَعَى المُشْتَرَى فأدّى الكِتابةَ لم يرجعْ على أخيه بشيءٍ؛ لأنّه أدّى الكِتابةَ من كسْب الأمِّ؛ لأنّ كسْبَ أُمِّ الولدِ المُشْتَرَى للأُمِّ، فإذا أدّى الكِتابةَ من كسْبه فقد أدّى كِتابةَ الأمِّ، وكَسْبُه لها، فلا يرجعُ، ولِما ذَكَرْنا أنّ الولدَ المولودَ قائمٌ مقامَها . ولو كانتِ الأمُّ باقيةً فأدّى الولدُ المُشْتَرَى فعَتَقَتِ الأمُّ لم يُرْجَعْ عليه بشيءٍ كذا هذا .

وكذا [2] الولدُ المولودُ في الكِتابةِ لو سَعَى وأدّى لم يرجعْ على المُشْتَرَى بشيءٍ من هذا المعنى، وقال بعضُهم: هذا إذا أدّى المولودُ في الكِتابةِ من مالٍ تركتْه الأمُّ، فأمّا إذا أدّى من كسْبٍ اكتَسبه بنفسِه فإنّه يرجعُ بنصفِه على المُشْتَرَى، ولم يُذْكَرْ في الأصلِ حُكمَ المولودِ في الكِتابةِ، وإنّما ذَكَرَ حُكمَ المُشْتَرَى أنّه إذا أدّى لا يرجعُ .

ولو اكتَسب هذا الابنُ المُشْتَرَى كسْبًا كان لأخيه أنْ يأخُذَه ويَسْتَعينَ به في كِتابَتِه؛ لما ذَكَرْنا أنّ الولدَ المولودَ قائمٌ مقامَ الأمِّ، وهي لو كانت قائمةً لَكانت تملِكُ أخذَ كسْب المُشْتَرَى، وكذا مَنْ يقومُ مقامَها .

وكذا [3] إذا أرادَ أنْ يُسَلِّمَه في عَمَلٍ ليأخُذَ كسْبَه فيَسْتَعينَ به في مُكاتَبَتِه كان له ذلك .

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وكذلك».

(٣) في المخطوط: «وكذلك».

وكذلك لو أمره القاضي أنْ يُؤاجِرَ نَفْسَه، أو أمر أخاه أنْ يُؤاجِرَه ويَسْتَعينَ بأجرِه على أداءِ الكِتابةِ كان ذلك جائزًا؛ لأنّه بمنزلَتِها، وما اكتَسبَ الولدُ المولودُ في الكِتابةِ بعدَ موتِ أُمِّه قبل الأداءِ فهو له خاصّةً؛ لأنّه داخِلٌ في كِتابةِ الأُمِّ وقائمٌ مقامَها فما اكتَسبه يكونُ له وما يَكتَسِبُ أخوه حُسِبَ من التّركةِ، فتُقْضَى منه المُكاتَبةُ والباقي منه ميراثٌ بينهما.

والفرقُ بينهما أنّ الولدَ المولودَ في الكِتابةِ قامَ مقامَها، فكان حُكمُها كحُكمِه وكَسْبُ المُكاتَبةِ لها، كذا كسْبُ ولدِها، وأمّا الولدُ المُشْتَرَى فلم يَقُم مقامَها غيرَ أنّه كسْبُها بجميعِ ما اكتَسبه، فيصيرُ كأنّها ماتتْ عن مالٍ.

ولو ماتتْ عن مالٍ تُؤَدّى منه كِتابَتُها، والباقي ميراثٌ بينهما كذا هذا، وقيلَ: هذا كُلُّه قولُ أبي حنيفةَ، فأمّا على قولِهما: فالولدانِ يقومانِ مقامَها ولا يملِكُ كُلُّ واحدٍ منهما كسْبَ صاحِبه؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما لو كان مُنْفَرِدًا لَقامَ مقامَ المُكاتَبةِ ويَسْعَى على النُّجومِ عندَهما [٢/ ٢١١ب]، فكذا إذا اجتَمَعا لم يكنْ أحدُهما بأولى من الآخرِ، واللّه - عَزَّ وجَلّ - الموَفِّقُ.

وَأمّا الفاسِدةُ: وهي التي فاتَها شيءٌ من شرائطِ الصِّحّةِ، وهي ما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ، فلا يَثْبُتُ بها شيءٌ من الأحْكامِ المُتَعَلِّقةِ بما قبل الأداءِ؛ لأنّ الكِتابةَ الفاسِدةَ لا توجِبُ زوالَ شيءٍ مِمّا كان للمالِكِ (عنه إلى المُكاتَب) [(١)]، فكان الحالُ بعدَ العقدِ كالحالِ قبله.

وأمّا الحُكمُ المُتَعَلِّقُ بالأداءِ، وهو العتقُ فالفاسِدُ فيه كالصّحيحِ [(٢)]، حتّى لو أدّى يعتِقُ؛ لأنّ الفاسِدَ من العقدِ عندَ اتِّصالِ القبْضِ كالصّحيحِ على أصلِ أصحابنا. ونفسُ المُكاتَب في قَبْضَتِه، إلاّ أنّ في الكِتابةِ الفاسِدةِ إذا أدّى يَلْزَمُه قيمةُ نَفْسِه، وفي الكِتابةِ الصّحيحةِ يَلْزَمُه المُسَمّى؛ لما عُرِفَ أنّ الأصلَ أنْ يكونَ الشّيءُ مَضْمونًا بالمثلِ، والقيمةُ هي المثلُ؛ لأنّها مِقْدارُ ماليّتِه، وإنّما المصيرُ إلى المُسَمّى عندَ صحّةِ التّسْميةِ تَحَرُّزًا عن الفسادِ لجَهالةِ القيمةِ، فإذا فسَدَتْ فلا معنى للتّحَرُّزِ، فوَجَبَ الرُّجوعُ إلى الأصلِ، وهو القيمةُ كما في البيعِ ونحوِه.

---

(١) في المخطوط: «عليه قبل عقد المكاتبة».
(٢) في المخطوط: «مثل الصحيح».

وكذا في الكِتابةِ الفاسِدةِ للمولى أنْ يَفْسَخَ [الكِتابةَ] (١) بغيرِ رِضا العبدِ ويَرُدّه إلى الرِّقِّ، وليس له أنْ يَفْسَخَ في الصّحيحةِ إلاّ برِضا العبدِ، وللعبدِ أنْ يَفْسَخَ في الصّحيحِ والفاسِدِ جميعًا بغيرِ رِضا المولى؛ لما ذَكَرْنا أنّ الفاسِدةَ غيرُ لازِمةٍ في حقِّهما جميعًا، والصّحيحةَ لازِمةٌ في حقِّ المولى غيرُ لازِمةٍ في حقِّ العبدِ، ثُمّ إذا أدّى في الكِتابةِ الفاسِدةِ يُنْظَرُ إلى المُسَمّى وإلى قيمةِ العبدِ أيُّهما أكثرُ على ما ذَكَرْنا الكلامَ فيه فيما تَقَدّمَ، وسَواءٌ كان الأداءُ في حَياةِ المولى أو بعدَ موتِه إلى ورَثَتِه استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يعتِقُ بالأداءِ إلى الورَثةِ.

وجه القياسِ: أنّ العتقَ في الكِتابةِ الفاسِدةِ يقعُ من طريقِ التّعليقِ بالشّرطِ؛ لأنّ في الكِتابةِ معنى المُعاوَضةِ ومعنى اليمينِ، فإذا فسَدَتْ بَطَلَ معنى المُعاوَضةِ فبقيَ معنى اليمينِ، واليمينُ تَبْطُلُ بموتِ الحالِفِ، ولأنّ الكِتابةَ الفاسِدةَ لا توجِبُ زوالَ ملكِ المولى، وإذا بقيَ ملكُه، فإذا مات قبل الأداءِ انتَقَلَ إلى ورَثَتِه، فلا يعتِقُ بالأداءِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّها مع كونِها فاسِدةً فيها معنى المُعاوَضةِ، والعتقُ فيها يَثْبُتُ من طريقِ المُعاوَضةِ لا من طريقِ التّعليقِ بالشّرطِ، بدَليلِ أنّه يجبُ فيها القيمةُ، ولو كان العتقُ فيها بمحضِ اليمينِ لَكان لا يجبُ فيها شيءٌ؛ لأنّ القيمةَ لم تدخل تحت اليمينِ.

وكذا الولدُ المُنْفَصِلُ، ومعلومٌ أنّ الولدَ المُنْفَصِلَ عندَ الشّرطِ لا يدخلُ تحت اليمينِ، فثَبَتَ أنّ فسادَ الكِتابةِ لا يوجِبُ زوالَ معنى المُعاوَضةِ عنها، فثَبَتَ (٢) العتقُ فيها من طريقِ المُعاوَضةِ.

وأمّا قولُه: إنّ ملكَ المولى لا يَزولُ في الكِتابةِ (٣) الفاسِدةِ، فنَعَم، لكنْ قبل قَبْضِ البدَلِ، فأمّا بعدَ القبْضِ فإنّه يَزولُ ذلك عندَ الأداءِ.

وَلو كاتَبَ أمَتَه كِتابةً فاسِدةً فوَلَدَتْ ولدًا، ثُمّ أدّتْ عَتَقَتْ وعَتَقَ ولدُها معها؛ لما ذَكَرْنا أنّ الكِتابةَ الفاسِدةَ تعملُ عَمَلَ الصّحيحِ عندَ اتِّصالِ القبْضِ به، والأولادُ يدخلونَ في الكِتابةِ الصّحيحةِ كذا في الفاسِدةِ، فإنْ ماتتِ الأمُّ قبل أنْ تُؤَدّيَ لم يكنْ على (٤) ولدِها أنْ يَسْعَى؛ لأنّ الولدَ قائمٌ مقامَ الأمِّ، ثُمّ الأمُّ لا تُجْبَرُ على السّعايةِ كذلك الولدُ، لكنّه إذا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فيثبت».
(٣) في المخطوط: «المكاتبة».
(٤) في المطبوع: «عمل».

سَعَى فيما على أُمِّه يعتِقُ استِحْسانًا .

والقياس: أنْ لا يعتِقَ، وهو على ما ذَكَرْنا فيما إذا مات المولى فأدّتِ المالَ إلى ورَثَتِه تعتِقُ [1] استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يعتِقَ .

وأمّا الباطِلةُ: وهي التي فاتَها شرطٌ من شرائطِ الانعِقادِ فلا يَثْبُتُ بها شيءٌ من الأحْكامِ؛ لأنّ التّصَرُّفَ الباطِلَ لا وجودَ له إلاّ من حيثُ الصّورةِ كالبيعِ الباطِلِ ونحوِه، فلا يعتِقُ بالأداءِ إلاّ إذا نصّ على التّعليقِ، بأنْ قال: إنْ [2] أدّيْت إلَيّ [ألفًا] [3] فأنتَ حُرٌّ، فأدّى يعتِقُ لكنْ لا بالمُكاتَبةِ، بل بالتّعليقِ بالشّرطِ، ولا يَلْزَمُه شيءٌ كما في التّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ .

فصلٌ [في بيان ما تنفسخ به الكتابة]

وأمّا بيانُ ما تَنْفَسِخُ به الكِتابةُ: فإنّها تَنْفَسِخُ بالإقالةِ؛ لأنّها من التّصَرُّفاتِ المُحْتَمِلةِ للفسخِ لكَوْنِ المُعاوَضةِ فيها أصلاً، فتجوزُ إقالتُها كسائرِ المُعاوَضاتِ .

وَكذا تَنْفَسِخُ بفسخِ [4] العبدِ من غيرِ رِضا المولى، بأنْ يقول: فَسَخْتُ المُكاتَبَةَ، أو كسَرْتُها سَواءٌ كانت فاسِدةً أو صَحيحةً، لما ذَكَرْنا أنّها وإنْ كانت صَحيحةً فإنّها غيرُ لازِمةٍ في جانِبِ العبدِ نَظَرًا له، فيملِكُ الفسخَ من غيرِ رِضا المولى، والمولى لا يملِكُ الفسخَ من غيرِ رِضا المُكاتَبِ؛ لأنّها عقدٌ لازِمٌ في جانِبِه .

وهل تَنْفَسِخُ بالموتِ أمّا بموتِ المولى فلا تَنْفَسِخُ بالإجماعِ؛ لأنّه إنْ كان له كسْبٌ فيُؤَدّى إلى ورَثةِ المولى، وإنْ لم يكنْ في يَدِه كسْبٌ فيَكتَسِبُ ويُؤَدّي فيعتِقُ، فكان في بقاءِ العقدِ فائدةٌ فيَبْقَى، وإنْ عَجزَ [٢/ ٢١٢أ] عن الكسْب يُردُّ إلى الرِّقِّ كما لو كان المولى حَيًّا .

وإذا مات المولى فأدّى (المُكاتَبُ مُكاتَبَته) [5]، أو بقيّةً منها إلى ورَثَتِه وعَتَقَ، فوَلاؤُه يكونُ لعَصَبةِ المولى؛ لأنّ الولاءَ لا يورَثُ من المُعْتِقِ بعدَ موتِه؛ لما نَذْكُرُ في كِتاب الولاءِ إنْ شاء اللّه تعالى .

---

(١) في المخطوط: «أنه يعتق».
(٢) في المخطوط: «إذا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بالفسخ من قبل».
(٥) في المخطوط: «كتابته».

وإنْ عَجَزَ بعدَ موتِ المولى فرُدّ إلى الرِّقّ، ثُمّ كاتَبَه الورَثةُ كِتابةً أُخرى فأدّى إليهم وعَتَقَ، فوَلاؤُه للوَرَثةِ على قدرِ مواريثِهم؛ لأنّه عَتَقَ بإعتاقِهم، فكان مالُه ميراثًا بينهم، إذِ الولاءُ يورَثُ به إنْ كان لا يورَثُ نفسُه.

وأمّا بموتِ المُكاتَب [1] فيُنْظَرُ إنْ مات عن وفاءٍ لا يَنْفَسِخُ عندَنا [2] خلافًا للشّافعيِّ.

وإنْ مات لا عن وفاءٍ يَنْفَسِخْ بالإجماعِ؛ لأنّه مات عاجِزًا فلا فائدةَ في بقاءِ العقدِ فيَنْفَسِخُ ضرورةً، وَلا يَنْفَسِخُ بردّةِ المولى بأنْ كاتَبَ مسلمٌ عبدَه، ثُمّ ارْتَدّ المولى؛ لأنّها لا تَبْطُلُ بموتِ المولى حقيقةً فبموتِه حُكمًا أولى أنْ لا يَنْفَسِخُ، ولهذا لا تَبْطُلُ سائرُ عُقودِه بالرِّدّةِ كذا المُكاتَبةُ، فإنْ أقَرّ بقَبْضِ بَدَلِ الكِتابةِ، وهو مُرْتَدٌّ، ثُمّ أسلَمَ جاز إقرارُه في قولِهم.

وإنْ قُتِلَ، أو مات على الرِّدّةِ لم يَجز في قولِ أبي حنيفةَ إذا لم يُعْلم ذلك إلاّ بقولِه بناءً على أنّ تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ غيرُ نافِذةٍ عندَه، بل هي موقوفةٌ، وإنْ عُلِمَ ذلك بشهادةِ الشُّهودِ جاز قَبْضُه.

وكذا يجوزُ للمُرْتَدِّ أخذُ الدّيْنِ بشهادةِ الشُّهودِ في كُلِّ (ما وليَه) [3] من التّصرُّفاتِ، كذا ذَكَرَ في الأصلِ؛ لأنّ رِدّتَه بمنزلةِ عَزْلِ الوكيلِ فيملِكُ قَبْضَ الدُّيونِ التي وجَبَتْ بعقدِه، كالوكيلِ المعزولِ في باب البيعِ أنّه يملِكُ قَبْضَ الثّمَنِ بعدَ العزْلِ.

وذَكَرَ في موضِعٍ آخَرَ، أنه لا يجوزُ قَبْضُ المُرْتَدِّ؛ لأنّه إنّما يملِكُ لكَوْنِه من حُقوقِ العقدِ، وحُقوقُ هذا العقدِ وهو المُكاتَبةُ لا يتعَلّقُ بالعاقِدِ، فلا يملِكُ القبْضَ بخلافِ البيعِ.

وأمّا على أصلِهما فإقرارُه بالقبْضِ جائزٌ؛ لأنّ تَصَرُّفاتِه نافِذةٌ عندَهما، فإنْ لم يقبضْ شيئًا حتّى لَحِقَ بدارِ الحرْب، فجعل القاضي مالَه ميراثًا بين ورَثَتِه فأخَذوا الكاتِبةَ، ثُمّ رَجَعَ مسلمًا فوَلاءُ العبدِ له؛ لأنّ رِدّتَه مع لُحوقِه بدارِ الحرْب بمنزلةِ موتِه، ولو دُفِعَ إلى الورَثةِ بعدَ موتِه كان الولاءُ له كذلك هذا، ويأخُذُ من الورَثةِ ما قَبَضوه منه إنْ وُجِدَ بعَيْنِه، كما في سائرِ أملاكِه التي وجَدَها مع الورَثةِ بأعيانِها؛ لأنّ الوارِثَ إنّما قَبَضَ بتَسْليطِ الموَرِثِ فصار بمنزلةِ الوكيلِ والله - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ بالصواب.

---

(١) في المخطوط: «الكافر».

(٢) سبقت المسألة في فصل: في حكم الكتابة.

(٣) في المخطوط: «ما له».



كتاب الولاء



كِتاب الولاءِ [1]

الولاءُ نوعانِ:

ولاءُ عَتاقةٍ، ووَلاءُ موالاةٍ:

أمّا ولاءُ العتاقةِ: فلا خلافَ في ثُبوتِه شرعًا، عَرَفْنا ذلك بالسُّنّةِ وإجماعِ الأُمّةِ والمعقولِ.

أمّا السُّنّةُ: فقولُ النّبيِّ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وهذا نصٌّ، ورُوِيَ أنّ رجلاً اشترى عبدًا فأعتقَه فجاءَ به إلى رسولِ اللّه ﷺ فقال: يا رسول اللّه إنّي اشتريْت هذا فأعتقته فقال ﷺ: «هُوَ أَخُوك وَمَوْلَاك، فَإِنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَك، وَإِنْ كَفَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَك وَشَرٌّ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنت أَنْتَ عَصَبَتَهُ» [2]. والاستِدْلالُ به من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه جَعلَه عَصَبةً إذا لم يَتْرُك وارِثًا آخَرَ.

والثّاني: أنّه ﷺ جعل المُعْتَقَ مولى المُعْتِقِ، بقولِه ﷺ: «هُوَ أَخُوك وَمَوْلَاك» ولا يكونُ مولاه إلاّ وأنْ يكونَ ولاؤُه له ونَظيرُ هذا الاستِدْلالِ استِدْلالُنا بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات:٩٦] [على تقديرِ تَسْليمِ إرادةِ المعمولِ من قولِه - سبحانه وتعالى - ﴿وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات:٩٦]] في إثباتِ خَلْقِ الأفْعالِ [3] من اللّه تَبارَكَ وتعالى [أن الله] [4] أخبرَ سبحانه أنّه خَلَقَهم وخَلَقَ معمولَهم، ولا معمول بدونِ العمَلِ فيَدُلُّ على كونِ المعمولِ مَخْلوقَ اللّه عَزّ وجَلّ، وقولُه ﷺ: «إنْ شَكَرَك فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ [5]»؛ لأنّ

---

(١) الوَلاء: بفتح الواو من ولي يلي وليًا: القُرْب والدُّنُوّ. وهو رابطة بين شخصين كرابطة النَّسَب = قرابة حكمية تعود أسبابها إلى سببين:

١- اليد: الإحسان، ومن ذلك العتق، ويسمى المعتق (بفتح التاء) مولى العتاقة، حيث يثبت للمعتِق (بكسر التاء) الولاء على العبد الذي أعتقه، ومن ذلك: الإسلام عند البعض.

٢ - العقد: حيث يقول شخص لآخر: أنت وليي ترثني إذا متُّ وتعقل عني إذا جنيت. انظر معجم لغة الفقهاء ص (٥٠٩).

(٢) أخرجه الدارمي، كتاب: الفرائض، باب: الولاء، برقم (٣٠١٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٤٠)، حديث (١٢١٦٢). انظر: الدراية (٢/ ١٩٤)، ونصب الراية (٤/ ١٥٣).

(٣) في المخطوط: «العباد».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) زاد في المخطوط: «وشر لك».

المُعْتَقَ لَمّا أنْعَمَ اللّه عليه بالإعتاقِ فقد وجَبَ عليه الشُّكرُ، فإذا شَكَرَه فقد أدّى ما وجَبَ عليه، فكان خَيْرًا له.

وقولُه ﷺ: «وَشَرٌّ لَك»؛ لأنّه قد وصَلَ إليه شيءٌ من العِوَضِ فأوجَبَ ذلك نُقْصانًا في الثّواب؛ لأنّه يصيرُ كأنّه أعتَقَه على عِوَضٍ، فكان ثَوابُه أقَلّ مِمّنْ أعتَقَ ولم يصِلْ إليه على إعتاقِه عِوَضٌ دُنْيَويٌّ أصلاً ورأسًا.

وقولُه ﷺ: «وَإنْ [(١)] كَفرَك فَهُوَ خَيرٌ لَك» [(٢)]؛ لأنّ إعتاقَه إذا خَلا عن عِوَضٍ دُنْيَويٍّ يتكامَلُ ثَوابُه [وأجره] [(٣)] في الآخِرةِ.

وقولُه ﷺ: «وَشَرٌّ لَهُ»؛ لأنّ شُكرَ النِّعْمةِ واجِبٌ عقلاً وشرعًا، فإذا لم يَشْكُرْه فقد ترك الواجِبَ، فكان شرًّا له.

ورُوِيَ أنّ مُعْتِقَ بنتِ حَمْزةَ رضي الله عنه مات وترك بنتًا، فجعل رسولُ اللّه ﷺ نصفَ مالِه لابنتِه، والنِّصفَ لابنةِ حَمْزةَ [(٤)].

ورُوِيَ عن عُمَرَ رضي الله عنه وعَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ وأُبيِّ بنِ كعْبٍ وزيدِ بنِ ثابتٍ وأبي مسعودٍ الأنْصاريِّ وأُسامةَ بنِ زيدٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: الولاءُ للكِبَرِ [(٥)]، فاتّفاقُ هؤلاء النُّجَباءِ من الصّحابةِ رضي الله عنهم على لفظٍ واحدٍ بدَليلِ سَماعِهم ذلك عن [(٦)] رسولِ اللّه [٢/ ٢١٢ب] ﷺ مع ما أنّ هذا حُكمٌ لا يُدْرَكُ بالقياسِ، فالظّاهرُ هو [(٧)] السّماعِ، وسَيأتي تَفْسيرُ هذا الحديثِ في أثْناءِ المسائلِ إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) في المخطوط: «إن». (٢) سبق تخريجه قريبًا.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) حسن: رواه ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب: ميراث الولاء، حديث (٢٧٣٤)، وأحمد (٦/ ٤٠٥)، حديث (٢٧٣٢٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٤١)، حديث (١٢١٦٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٦)، حديث (٦٣٩٨)، والشيباني في الآحاد والمثاني (٥/ ٤٦٨)، حديث (٣١٦٣)، والطبراني في الكبير (٢٤/ ٣٥٤)، حديث (٨٧٥)، وانظر: نصب الراية (٤/ ١٥٠)، وصحيح ابن ماجه.

(٥) أخرجه الدارمي، كتاب: الفرائض، باب: الولاء للكبر، برقم (٣٠٢٧)، وسعيد بن منصور، ص (١١٤)، حديث (٢٦٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٢٩٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٣٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٠٣)، وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٢١٥)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٤٥٩).

(٦) في المخطوط: «من». (٧) في المطبوع: «قول».

وأمّا الإجماعُ: فإنّ الأُمّةَ أجمعتْ على ثُبوتِ هذا الولاءِ.

وأمّا المعقولُ فمن وجوهٍ:

أحدُها: أنّ الإعتاقَ إنعامٌ إذِ المُعْتِقُ أنْعَمَ على المُعْتَقِ بإيصالِه إلى شرَفِ الحُرّيّةِ [١]، ولهذا سُمّيَ [٢] المولى الأسفَلُ مولى النِّعْمةِ في عُرْفِ الشّرعِ، وكذا [٣] سَمّاه اللّه تعالى إنْعامًا، فقال - عزّ وجلّ - في زيدٍ مولى رسولِ اللّه ﷺ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قِيلَ في التّفسيرِ أنْعَمَ اللّه عليه بالإسلامِ وأنْعَمْت عليه بالإعتاقِ، فجُعِلَ كسْبُه عندَ استِغْنائه عنه لمولاه شُكرًا لإنْعامِه السّابقِ، ولهذا لا يَرِثُ المُعْتَقُ من المُعْتِقِ.

والثّاني: أنّ المُعْتَقَ في نُصْرةِ المُعْتِقِ حالَ حَياتِه، ولهذا كان عقلُه عليه وعليه [٤] أنْ يَنْصُرَه بدَفْعِ الظُّلْمِ عنه [وبكَفِّه عن الظُّلْم على غيرِه، فإذا جَنَى فقد قَصّرَ في أحدِ نوعَيِ النُّصْرةِ، وهو كفُّه عن الظُّلْمِ على غيرِه] [٥] فجُعِلَ عقله عليه ضَمانًا للتّقْصيرِ، فإذا مات جُعِلَ ولاؤُه لمُعْتِقِه جَزاءً للنُّصْرةِ السّابقةِ.

والثّالِث: أنّ الإعتاقَ كالإيلادِ من حيثُ المعنى؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما إحياءٌ معنًى، فإنّ المُعْتِقَ سببٌ لحَياةِ المُعْتَقِ باكتِساب سبب الأهليّةِ والمالِكيّةِ والوِلايةِ التي يمْتازُ بها الآدميُّ عن البهائمِ، كما أنّ الأبَ سببُ حَياةِ الولدِ باكتِساب سبب وجودِه عادةً، وهو الإيلادُ، ثُمّ الإيلادُ سببٌ لثُبوتِ النّسَب، فالإعتاقُ يكون سببًا لثُبوتِ الولاءِ كالإيلادِ، وهذا معنى قولِ النّبيِّ ﷺ: «**الوَلَاءُ لُحمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**» [٦] واللّه - عزّ وجلّ - أعلَمُ.

فَبعدَ هذا يقعُ الكلامُ في مواضِعَ: في بيانِ سبب ثُبوتِه، وفي بيانِ شرائطِ الثُّبوتِ، وفي بيانِ صِفةِ الثّابتِ وكَيْفيّتِه، وفي بيانِ قدرِه وفي بيانِ حُكمِه وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به [٧].

---

(١) في المخطوط: «العتق».
(٢) في المخطوط: «يسمى».
(٣) في المخطوط: «ولهذا».
(٤) في المخطوط: «لأن عليه».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) صحيح: رواه ابن حبان في صحيحه (١١/ ٣٢٥)، حديث (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧٩)، حديث (٧٩٩٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٩٢)، حديث (٢١٢٢٢)، والشافعي في مسنده، ص (٣٣٨)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٨٢)، حديث (١٣١٨)، عن ابن عمر رضي الله عنهما. وانظر الدراية (٢/ ١٩٤)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٣)، حديث (٢١٥١)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٤٥٦)، ونصب الراية (٤/ ١٥١)، والإرواء (١٦٦٨)، وصحيح الجامع (٧١٥٧).
(٧) في المطبوع: «له».

أما سببُ ثبوتِه: فالعتقُ سَواءٌ كان العتقُ حاصِلاً بصُنْعِه [١]، وهو الإعتاقُ، أو ما يَجْري مجرَى الإعتاقِ شرعًا كشراءِ القريب وقَبولِ الهِبةِ والصّدَقةِ والوصيّةِ أو بغيرِ صُنْعِه [٢] بأنْ ورِثَ قَريبَه وسَواءً أعتَقَه لوَجْه اللّه، أو لوَجْه الشّيطانِ وسَواءٌ أعتَقَه تَطَوُّعًا، أو عن واجِبٍ عليه كالإعتاقِ عن كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ والإفطارِ [والإيلاءِ] [٣] واليمينِ والنّذْرِ.

وسَواءٌ كان الإعتاقُ بغيرِ بَدَلٍ أو ببَدَلٍ، وهو الإعتاقُ على مالٍ وسَواءٌ كان مُنَجّزًا أو مُعَلّقًا بشرطٍ، أو مُضافًا إلى وقتٍ وسَواءٌ كان صَريحًا أو يَجْري مجرَى الصّريحِ أو كِنايةً أو يَجْري مجرَى الكِنايةِ.

وكذا العتقُ [٤] الحاصِلُ بالتّدْبيرِ والاستيلادِ ويَسْتَوي فيه صَريحُ التّدْبيرِ والإعتاقِ والاستيلادِ والكِتابةِ والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أعتق [٥]» [٦] من غيرِ فصلٍ.

وعلى هذا إذا أمر المولى غيرَه بالإعتاقِ في حالِ حَياتِه، أو بعدَ وفاتِه أنّ الولاءَ للآمِرِ؛ لأنّ العتقَ يقعُ عنه.

ولو قال لآخَرَ: أعتِقْ عبدَك عَنّي على ألفِ درهمٍ فأعتَقَ فالولاءُ للآمِرِ؛ لأنّ العتقَ يقعُ عنه استِحْسانًا.

والقياسُ: أنْ يكونَ الولاءُ للمأمورِ؛ لأنّ العتقَ يقعُ عن المأمورِ، وهو قولُ زُفَرَ.

وجه القياسِ: أنّه أمر بإعتاقِ عبدِ الغيرِ عن نَفسِه، وهذا لا يصحُّ؛ لأنّ العتقَ (لا يقعُ) [٧] بدونِ الملكِ ولا ملكَ للآمِرِ، بل للمأمورِ، فكان العتقُ عنه.

ولنا: أنّ الأمرَ بالفعلِ أمرٌ بما لا وجودَ للفعلِ بدونِه كالأمرِ بصُعودِ السّطْحِ يكونُ أمرًا بنصْبِ السُّلّمِ والأمرُ بالصّلاةِ يكونُ أمرًا بالطّهارةِ ونحوِ ذلك ولا وجودَ للعِتْقِ عن الآمِرِ بدونِ ثُبوتِ الملكِ [له] [٨]، فكان أمرُ [٩] المالِكِ بإعتاقِ عبدِه عنه بالبدَلِ المذكورِ أمرًا بتمليكِه منه بذلك البدَلِ، ثُمّ بإعتاقِه عنه تَصْحيحًا لتَصرُّفِه كأنّه صَرّحَ بذلك [١٠] فقال بعْه

---

(١) في المخطوط: «بصيغة».
(٢) في المخطوط: «صيغة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الإعتاق».
(٥) في المطبوع: «أعتقه».
(٦) سبق تخريجه.
(٧) في المخطوط: «لا يصح».
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «أمره».
(١٠) في المخطوط: «به».

مِنّي وأعتِقْه عَنّي ففعل .

ولو قال: أعتِقْ عبدَكَ عَنّي ولم يَذْكُرِ البدَلَ فأعتَقَ فالولاءُ للمأمورِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ؛ لأنّ العتقَ عنه، وعندَ أبي يوسُفَ هذا والأوّلُ، سَواءٌ وجه قولِه على نحوِ ما ذَكَرْنا في المسألةِ الأولى .

ولهما: الفرقُ بين المسألَتَيْنِ، وهو أن [1] في المسألةِ الأولى أمكَنَ إثباتُ الملكِ للآمِرِ بالبدَلِ المذكورِ بمُقْتَضَى الأمرِ بالإعتاقِ؛ لأنّ الملكَ في البيعِ الصّحيحِ لا يَقِفُ على القبْضِ، بل يَثْبُتُ بنفسِ العقدِ فصار المأمورُ بائعًا عبدَه منه بالبدَلِ المذكورِ، ثُمّ مُعْتِقًا عنه بأمرِه وتَوْكيلِه .

وأمّا في المسألةِ الثانيةِ: فلا يُمْكِنُ إثباتُ الملكِ بالتّمْليكِ الثّابتِ بطريقِ الاقْتِضاءِ؛ لأنّ التّمْليكَ من غيرِ عِوَضٍ يكونُ هِبةً والملكُ في باب الهِبةِ لا يَثْبُتُ بدونِ القبْضِ، فإذا أعتَقَ فقد أعتَقَ [٢/ ٢١٣أ] ملكَ نَفسِه لا ملكَ الآمِرِ، فيقعُ [العتق] [2] عن نَفسِه، فكان [الوِلايةُ] [3] له فهو الفرقُ .

وَلو قال: أعتِقْ عبدَك ولم يَقُلْ شيئًا آخَرَ فأعتَقَ فالولاءُ للمأمورِ؛ لأنّ العتقَ عنه؛ لأنّه عَتَقَ عن نَفسِه لا عن الآمِرِ لعَدَمِ الطّلَب من الآمِرِ بالإعتاقِ عنه .

وَلو قال: أعتِقْ عبدَك على ألفِ درهمٍ ولم يَقُلْ عَنّي فأعتَقَ تَوَقّفَ على قَبولِ العبدِ إذا كان من أهلِ القبولِ، فإنْ قَبلَ في مجلسِ علمِه يعتِقْ ويَلْزَمْه المالُ وإلاّ فلا؛ لأنّه لم يَطْلُبْ إعتاقَ العبدِ لنفسِه، وإنّما طَلَبَ إعتاقَ العبدِ للعبدِ، وهو فُضوليٌّ فيه، فإذا عَتَقَ [4] المالِكُ تَوَقّفَ إعتاقُه على إجازةِ العبدِ، كما إذا قال لغيرِه: بعْ عبدَك هذا من فُلانٍ (على ألفِ) [5] درهمٍ، فباعَه أنّه يتوَقّفُ على إجازةِ فُلانٍ كذا هذا .

وسَواءٌ كان المُعْتِقُ ذَكَرًا أو أُنْثَى لوجودِ السّبَب منهما ولِعُمومِ قولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» .

---

(١) في المطبوع: «أنه».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أعتق».
(٥) في المخطوط: «بألف».

وقال ﷺ: «لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ» [(١)] الحديثَ والمُسْتَثْنَى من المنفيِّ مُثْبَتٌ ظاهرًا، وسَواءٌ كان المُعْتِقُ والمُعْتَقُ مسلمَيْنِ أو كافرَيْنِ، أو كان أحدُهما مسلمًا والآخَرُ كافرًا لوجودِ السّبَب ولِعُمومِ الحديثِ حتّى لو أعتَقَ مسلمٌ ذِمّيًا، أو ذِمّيٌّ مسلمًا فوَلاءُ المُعْتَقِ منهما للمُعْتِقِ لما قُلْنا إلاّ أنّه لا يَرِثُه لانعِدامِ شرطِ الإرثِ، وهو اتّحادُ المِلّةِ.

قال النّبيُّ ﷺ: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَينِ بِشَيْءٍ» [(٢)]، وقال ﷺ: «لَا يَرِثُ الْمُؤْمِنُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُؤْمِنَ» [(٣)] ويجوزُ أنْ يكونَ الولاءُ ثابتًا لإنسانٍ ولا يَرِثُ به لانعِدامِ شرطِ الإرثِ به على ما نَذْكُرُ حتّى لو أسلَمَ الذِّمّيُّ منهما قبل موتِ المُعْتِقِ، ثُمّ مات المُعْتِقِ يَرِثُ به لتَحْقيقِ الشّرطِ، وكذا لو كان للذِّمّيِّ الذي هو مُعْتِقُ العبدِ المسلم عَصَبةٌ من المسلمينَ بأنْ كان له عَمٌّ مسلمٌ، أو ابنُ عَمٍّ مسلم فإنّه يَرِثُ الولاءَ؛ لأنّ الذِّمّيّ يُجْعَلُ بمنزلةِ الميِّتِ [(٤)]، وإنْ لم يكنْ له عَصَبةٌ من المسلمينَ يُرَدّ إلى بيتِ المالِ .

وَلو كان عبدٌ مسلمٌ بين مسلم وذِمّيٍّ فأعتَقاه، ثُمّ مات العبدُ فنصفُ ولائه للمسلمِ؛ لأنّ المسلمَ يَرِثُ المسلمَ والنِّصفُ الآخَرُ لأقرَب عَصَبةِ الذِّمّيِّ من المسلمينَ إنْ كان له عَصَبةُ مسلمٍ، وإنْ لم يكنْ يُرَدّ إلى بيتِ المالِ .

وَلو أعتَقَ حَرْبيٌّ عبدَه الحرْبيّ في دارِ الحرْب لم يصِرْ بذلك مولاه حتّى لو خرجا إلى دارِ

---

(١) لم أجده مرفوعًا، وأخرجه الدارمي، كتاب: الفرائض، باب: ما للنساء من الولاء، برقم (٣١٤٦)، عن إبراهيم النخعي بهذا اللفظ. وأخرج البيهقي في الكبري (١٠/ ٣٠٦)، حديث (٢١٣٠٠)، عن علي وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، وانظر الدراية لابن حجر (٢/ ١٩٥)، ونصب الراية (٤/ ١٥٤).

(٢) حسن: رواه أبو داود، كتاب الفرائض، باب: هل يرث المسلم الكافر، حديث (٢٩١١)، وابن ماجه، حديث (٢٧٣١)، والدارقطني في سننه (٤/ ٧٥)، حديث (٢٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢١٨)، حديث (١٢٠٠٩)، وانظر الدراية (٢/ ٢٩٨)، والتلخيص الحبير (٣/ ٨٤)، حديث (١٣٥٧)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ١٣٥)، حديث (١٧٤٤)، والإرواء (١٧١٩)، وصحيح الجامع (٧٦١٤).

(٣) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب: أين ركز النبي ﷺ الراية، حديث (٤٢٨٣)، ورواه البخاري، كتاب الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث (٦٧٦٤)، ومسلم، كتاب الفرائض، حديث (١٦١٤)، وأبو داود، حديث (٢٩٠٩)، والترمذي، حديث (٢١٠٧)، وابن ماجه، حديث (٢٧٢٩)، وابن حبان (١٣/ ٣٩٤)، حديث (٦٠٣٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٨٤)، حديث (٨٠٠٨)، عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم».

(٤) في المخطوط: «الذمي».

الإسلامِ مسلمَيْنِ لا ولاءَ له، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ؛ لأنّه لا يعتِقُ عندَهما؛ لأنّه لا يعتِقُ بكَلامِ الإعتاقِ، وإنّما يعتِقُ بالتّخْليةِ والعتقُ الثّابتُ بالتّخْليةِ لا يوجِبُ الولاءَ، وعندَ أبي يوسُفَ يصيرُ مولاه ويكونُ له ولاؤُه؛ لأنّ إعتاقَه بالقولِ قد صَحّ في دارِ الحرْب.

وكذلك لو دَبّرَه في دارِ الحرْب فهو على هذا الاختلافِ ولا خلافَ في أنّ استيلادَه جائزٌ وتَصيرُ الجاريةُ أُمّ ولدٍ له لا يجوزُ بيعُها لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ أنّ مبنَى الاستيلادِ على ثُبوتِ النّسَب والنّسَبُ يَثْبُتُ في دارِ الحرْب .

وَلو أعتَقَ مسلمٌ عبدًا له مسلمًا أو ذِمّيًّا في دارِ الحرْب فوَلاؤُه له؛ لأنّ إعتاقَه جائزٌ بالإجماعِ، وَإنْ أعتَقَ عبدًا له حَرْبيًّا في دارِ الحرْب لا يصيرُ مولاه عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّه لا يعتِقُ بالقولِ، وإنّما يعتِقُ بالتّخْليةِ، وعندَ أبي يوسُفَ يصيرُ مولاه لثُبوتِ العتقِ بالقولِ.

وقولُ محمّدٍ فيه مُضْطرِبٌ حتّى لو أسلَمَ العبدُ في دارِ الحرْب وخرجا مسلمَيْنِ إلى دارِ الإسلامِ، فلا ولاءَ للمُعْتِقِ على المُعْتَقِ [وللمُعْتَقِ] [1] أنْ يوالي مَنْ شاء عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ يَرِثُ المُعْتِقُ من المُعْتَقِ وله ولاؤُه إذا خرجا مسلمَيْنِ، وإنْ سُبيَ العبدُ المُعْتَقُ كان مَمْلوكًا للّذي سَباه في قولِهم جميعًا لأنه لا [2] يَخْلو إمّا أنْ يكونَ مَمْلوكًا، أو حُرًّا، فإنْ كان مَمْلوكًا كان مَحَلًّا للاستيلادِ والتّمَلُّكِ، وكذا إنْ كان حُرًّا؛ لأنّ الحرْبيّ الحُرّ مَحَلٌّ للاستيلادِ والتّمَلُّكِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا دخلَ رجلٌ من أهلِ الحرْب دارَ الإسلامِ بأمانٍ، فإنِ اشترى عبدًا فأعتَقَه، ثُمّ رَجَعَ إلى دارِ الحرْب فسُبيَ فاشتَراه عبدُه المُعْتَقُ فأعتَقَه أنّ كُلّ واحدٍ منهما يكونُ مولى صاحِبه حتّى إنّ أيّهما مات ولم يَتْرُك عَصَبةً من النّسَب ورِثَه صاحِبُه لوجودِ سبب الإرثِ من كُلِّ واحدٍ منهما، وهو الإعتاقُ وشرطُه.

وكذا الذِّمّيُّ إذا أعتَقَ عبدًا له ذِمّيًّا فأسلَمَ العبدُ، ثُمّ هَرَبَ الذِّمّيُّ المُعْتَقُ ناقِضًا للعهدِ إلى دارِ الحرْب فسُبيَ وأسلَمَ فاشتَراه العبدُ الذي كان أعتَقَه فأعتَقَه فكُلُّ واحدٍ منهما مولى صاحِبه لما قُلْنا.

وكذلك المرأةُ إذا أعتَقَتْ عبدًا لها، ثُمّ ارْتَدّتِ المرأةُ ولحِقَتْ بدارِ الحرْب، ثُمّ سُبيَتْ فاشتَراها الذي كانتِ المرأةُ أعتَقَتْه فأعتَقَها كان الرّجُلُ مولى المرأةِ والمرأةُ مولاةَ الرّجُلِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المطبوع: «ولا».

لوجودِ الإعتاقِ من كُلِّ واحدٍ [٢/ ٢١٣ب] منهما، ثُمّ العتقُ كما هو سببُ ثُبوتِ الولاءِ للمُعْتِقِ فهو سببُ وجوب العقلِ عليه حتّى لو جَنَى المُعْتَقُ كان عقلُه على المُعْتِقِ لما ذَكَرْنا أنّ عليه حِفْظَه، فإذا جَنَى فقد قَصّرَ في الحِفْظِ.

وأمّا شرطُ ثبوتِه: فلِثُبوتِ الولايةِ شرائطُ: بعضُها يَعُمُّ ولاءَ العتاقةِ ووَلاءَ ولدِ العتاقةِ، وبعضُها يَخُصُّ ولاءَ ولدِ العتاقةِ.

فأمّا الذي يَعُمّهما جميعًا: فهو أنْ لا يكونَ للعبدِ المُعْتَقِ، أو لوَلَدِه عَصَبةٌ من جِهةِ النّسَب، فإنْ كان لا يَرِثُه المُعْتِقُ؛ لأنّه يَرِثُه [(١)] من طريقِ التّعْصيب وفي العصَباتِ يُعْتَبَرُ الأقوَى فالأقوَى ولا شَكّ أنّ العصَبةَ من جِهةِ النّسَب أقوَى، فكان أولى؛ وهذا لأنّ الولاءَ، وإنْ كان لُحمةً كلُحمةِ النّسَب كما نَطَقَ به الحديثُ لكنّه لا يكونُ مثلَ حقيقةِ النّسَب، فكان اعتِبارُ حقيقةِ النّسَب أولى، فإنْ لم يكنْ له عَصَبةٌ من جِهةِ النّسَب وله أصحابُ الفرائضِ، أو ذَوو الأرحامِ فحُكمُه يُذْكَرُ في موضعين إنْ شاء اللّه تعالى.

وَأمّا الذي يَخُصُّ [ولاء] [(٢)] ولدَ العتاقةِ:

فمنها: أنْ تكونَ الأُمُّ مُعْتَقةً، فإنْ كانت مَمْلوكةً فلا ولاءَ لأحدٍ (عليه ما دامَ مَمْلوكًا سَواءٌ كان الأبُ حُرًّا أو مَمْلوكًا؛ لأنّ الولدَ يَتْبَعُ الأمّ في الرّقِّ والحُرّيّةِ، فكان مَمْلوكًا لمولى أُمِّه فلا يُتَصَوّرُ الولاءُ) [(٣)].

ومنها: أنْ لا تكونُ الأُمُّ حُرّةً أصليّةً، فإنْ كانت فلا ولاءَ لأحدٍ على ولدِها، وإنْ كان الأبُ مُعْتَقًا لما ذَكَرْنا أنّ الولدَ يَتْبَعُ الأمّ في الرّقِّ والحُرّيّةِ، ولا ولاءَ لأحدٍ على أُمِّه، فلا ولاءَ على ولدِها، فإنْ كانتِ الأُمُّ مُعْتَقةً والأبُ مُعْتَقًا، فالولدُ يَتْبَعُ الأبَ في الولاءِ، ويكونُ ولاؤه لمولى الأب لا لمولى الأُمِّ؛ لأنّ الولاءَ كالنّسَب والأصلُ في النّسَب هو الأبُ [إلا إذا تعَذّرَ] [(٤)].

ومنها: أنْ لا يكونَ الأبُ عَرَبيًّا، فإنْ كان الأبُ عَرَبيًّا والأُمُّ مولاةً لقَوْمٍ فالولدُ تابعٌ للأب ولا ولاءَ عليه؛ لأنّ الولاءَ أثَرٌ من آثارِ الرّقِّ ولا رِقّ على عَرَبيٍّ ولو كان الأبُ نَبَطيًّا، وهو حُرٌّ مسلمٌ لم يعتِقْ وله ولاءُ موالاةٍ، أو لم يكنْ فالولدُ يَتْبَعُ الأمّ في ولاءِ العتاقةِ عندَ أبي

---

(١) في المخطوط: «يرث».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) بدله في المخطوط: «على الولد».

(٤) زيادة من المخطوط.

حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ يكونُ تبَعًا للأب كما في العرَبيِّ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ النّسب يُشْبه النّسب والنّسَبُ إلى الآباءِ، وإنْ كان أضْعَفَ، ألا تَرَى أنّ الأمَّ لو كانت من العرَب والأبُ من الموالي فالولدُ يكون تابعًا لقَوْمِ الأب ولهُمَا: أنّ ولاءَ الأمِّ لمواليها لأجلِ النُّصْرةِ فيَثْبُتُ للوَلَدِ هذه النُّصْرةُ ولا نُصْرةَ له من جِهةِ الأب؛ لأنّ مَنْ سِوَى العرَب لا يتناصَرونَ بالقبائلِ فصار كمُعْتَقةٍ تزوّجْت عبدًا فيكونُ ولاءُ أولادِها [١] لمواليها.

ومنها: ألا يكونَ للأب مولًى عَرَبيٌّ، فإنْ كان لا وِلايةَ لأحدٍ عليه؛ لأنّ حُكمَه حُكمُ العرَبيِّ لقولِ النّبيِّ ﷺ: «**إنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنهُمْ**» [٢] ومنها أنْ لا يكونَ الولدُ مُعْتَقًا، فإنْ كان لا يكونُ ولاؤُه لموالي الأب ولا لموالي الأمِّ، بل يكونُ لمَنْ أعتقَه؛ لأنّه إذا أعتَقَ صار له ولاءُ نَفسِه لقولِه ﷺ: «**الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» فلا يكونُ تبَعًا لغيرِه في الولاءِ، وبيانُ هذا الأصلِ يُذْكَرُ في بيانِ (صفة الولاء) [٣].

وَأمّا صِفَتُه فلَه صِفاتٌ: منها: أنّ الإرثَ به عندَ وجودِ سبب ثُبوتِه وشرطِه من طريقِ التّعْصيب ومعنى هذا الكلامِ أنّ المُعْتِقَ إنّما يَرِثُ بالولاءِ مالَ [٤] المُعْتَقِ بطريقِ العُصوبةِ ويكونُ المُعْتِقُ آخِرَ عَصَباتِ المُعْتَقِ مُقَدّمًا على ذَوي الأرحامِ وعلى أصحاب الفرائضِ في استِحْقاقِ ما فضَلَ من سِهامِهم حتّى إنّه لو لم يكنْ للمُعْتَقِ وارِثٌ أصلاً، (أو كان) [٥] له ذو الرّحِم كان الولاءُ للمُعْتِقِ، وإنْ كان له أصحابُ الفرائضِ فإنّه يُعْطَى فرائضَهم أوّلاً، فإنْ فضَلَ شيءٌ يُعْطَى [٦] المُعْتِقَ وإن لا [٧]، فلا شيءَ له، ولا يُرَدُّ [الفاضِلُ] [٨] على أصحاب الفرائضِ، وإنْ كانوا مِمّنْ يُحْتَمَلُ الرّدُّ عليه، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ، وهو

---

(١) في المخطوط: «ولدها».

(٢) صحيح: رواه النسائي، كتاب الزكاة، باب: مولى القوم منهم، حديث (٢٦١٢)، وانظر الدراية (٢/ ١٩٣)، والتلخيص الحبير (٤/ ٢١٤)، حديث (٢١٥٢)، ونصب الراية (٤/ ١٤٨)، وصحيح الجامع (١٦٦٣)، ورواه البخاري بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم» في كتاب: الفرائض، باب: مولى القوم من أنفسهم. . .، حديث (٦٧٦١)، وكذا رواه البيهقي في الكبرى (٢/ ١٥١)، حديث (٢٦٨٧)، عن أنس رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «موضعه».

(٤) في المخطوط: «من».

(٥) في المخطوط: «وكان».

(٦) في المخطوط: «أعطى».

(٧) في المخطوط: «وإلا».

(٨) ليست في المخطوط.

قولُ عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ وزيدٍ رضي الله عنهم .

ورُوِيَ عن عُمَرَ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّه لا يَرِثُ بطريقِ التّعْصيب، وهو مُؤَخّرٌ عن أصحاب الفرائضِ في استِحْقاقِ الفاضِلِ، وعن ذَوي الأرحامِ أيضًا .

واحتَجّوا بظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] فظاهره يقتَضي أنْ يكونَ ذو الرّحِمِ أولى من المعتقِ .

وجه قول الأولين: ما رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه جعل ولاءَ مولى بنتِ حَمْزةَ رضي الله عنه بينها وبين بنتِ مُعْتِقِها نصفَيْنِ فقد أقامَ رسولُ اللّه ﷺ بنتَ حَمْزةَ رضي الله عنه مقامَ العصَباتِ حيثُ جعل النّصفَ الآخَرَ لها ولم يأمُرْ برَدِّه على بنتِ المُعْتِقِ ولو كان الأمرُ كما زَعَموا لأمر ﷺ بالرّدِّ كما في سائرِ المواريثِ إذا لم يكنْ هناك عَصَبةٌ، وقال ﷺ: «**أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا أَبْقَتْ فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**» [1] وأولى رجلٍ ذَكَرٍ ههنا هو المولى، ورُوِيَ: «**فَلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ**» [2] وهو المولى ههنا .

وأمّا الآيةُ الكريمةُ فقال بعضُهم في تَأويلِها أي ذَوو الأرحامِ من العصَبةِ بعضُهم [٢/ ٢١٤أ] أولى ببعضٍ أي الأقرَبُ من ذَوي الأرحامِ من العصَباتِ بعضُهم أولى ببعضٍ من الأبْعَدِ كالابنِ مع ابنِ الابنِ والأخِ لأبٍ وأُمٍّ مع الأخِ لأبٍ ونحوِ ذلك .

وإذا عُرِفَ هذا الأصلُ فبيانُه في مسائلَ إذا مات المُعْتَقُ وترك أُمًّا ومولًى فللأُمِّ الثُّلُثُ

---

(١) رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب: ميراث الولد من أبيه وأمه، حديث (٦٧٣٢)، ومسلم، كتاب الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض بأهلها. . .، حديث (١٦١٥)، وأبو داود، حديث (٢٨٩٨)، والترمذي، حديث (٢٠٩٨)، وابن ماجه، حديث (٢٧٤٠)، والطيالسي في مسنده، ص (٣٤٠)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٢٥٨)، حديث (٢٣٧١)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٤٣٦، ٤٣٧)، حديث (٥٥٩٨)، والدارقطني في سننه (٤/ ٧١)، حديث (١٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٣٨)، حديث (١٢١٥١)، والطبراني في الكبير (١١/ ٢٠)، حديث (١٠٩٠٤)، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) قال الحافظ في الفتح (١٢/ ١٢): «قوله: (رجل ذكر) هكذا في جميع الروايات، ووقع في كتب الفقهاء كصاحب النهاية وتلميذه الغزالي «فَلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ» قال ابن الجوزي والمنذري: هذه اللفظة ليست محفوظة، وقال ابن الصلاح: فيها بُعْدٌ عن الصحة من حيث اللغة فضلاً عن الرواية فإن الْعَصَبَة في اللغة: اسم للجمع لا للواحد، كذا قال. والذي يظهر أنه اسم جنس، ويدل عليه ما وقع في بعض طرق حديث أبي هريرة الذي في الباب قبله «فَلْيَرِثْهُ عَصَبَتُهُ مَنْ كَانُوا» فشمل الواحد وغيره. وانظر أيضا التلخيص الحبير (٣/ ٨١).

والباقي للمولى عندَ الأوّلينَ؛ لأنّه عَصَبةٌ، وعندَ الآخَرينَ الثُّلُثُ للأُمِّ [بالفرضِ] [١] والباقي رَدًّا [٢] عليها أيضًا.

وإنْ ترك بنتًا ومولًى فللبنتِ فرضُها، وهو النِّصفُ والباقي للمولى عندَ الأوّلينَ؛ لأنّه عَصَبةٌ، وعندَ الآخَرينَ النِّصفُ للبنتِ بالفرضِ والباقي رَدًّا [٣] عليها.

ولو ترك ثلاثَ أخواتٍ مُتَفرّقاتٍ، وأُمًّا، [و] [٤] ترك مولاه، فللأُخْتِ للأب [٥] والأُمِّ النِّصفُ، وللأُخْتِ للأب [٦] السُّدُسُ تكمِلةَ الثُّلُثَيْنِ، وللأُخْتِ للأُمِّ السُّدُسُ، وللأُمِّ السُّدُسُ، فقد استَغْرَقَتْ سِهامُهم الميراثَ فلم يَبْقَ شيءٌ للمولى.

وإنْ ترك امرأةً ومولًى فللمرأةِ فرضُها، وهو الرُّبْعُ والباقي للمولى بلا خلافٍ.

(وَكذا إذا) [٧] كان المُعْتَقُ أمةً فتركتْ زوجَها ومولًى فلِلزّوجِ فرضُه، وهو النِّصفُ والباقي للمولى.

أمّا على قولِ الأوّلينَ: فلأنّ المولى عَصَبةٌ، فكان الباقي له.

وأمّا على قولِ الآخَرينَ: فلأنّه لا سبيلَ إلى الرّدِّ إذْ لا يُرَدُّ على الزّوجِ والزّوجةِ. فإنْ ترك المُعْتَقُ عَمّةً وخالةً ومولاه [٨] فالمالُ للمولى في قولِ الأوّلينَ؛ لأنّه آخِرُ العصَباتِ يُقَدّمُ على ذَوي الأرحامِ وفي قولِ الآخَرينَ للعَمّةِ الثُّلُثانِ وللخالةِ الثُّلُثُ لتَقَدُّمِ ذَوي الأرحامِ عليه وقِسْ على هذا نَظائرَه وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا اشترتِ المرأةُ عبدًا فأعتَقَتْه، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ وترك ابنتَه فلِلابنةِ النِّصفُ وما بقيَ فلِمولاتِه؛ لأنّها عَصَبةٌ، وهذا [٩] قولُ الأوّلينَ.

وأمّا على قولِ الآخَرينَ فالباقي يُرَدُّ عليها بالقرابةِ.

وإذا اشترتْ [المرأة] [١٠] أباها فعتَقَ، ثُمّ مات الأبُ وليس له عَصَبةٌ فلابنَتِه النِّصفُ بالنَّسَب وما بقيَ فلابنَتِه أيضًا بحقِّ الولاءِ بالرّدِّ؛ لأنّها عَصَبةُ الأب في الولاءِ وعلى قولِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يُردّ».
(٣) في المخطوط: «يُرد».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «من الأب».
(٦) في المخطوط: «من الأب».
(٧) في المخطوط: «وهذا إن».
(٨) في المخطوط: «ومولى».
(٩) زاد في المخطوط: «على».
(١٠) زيادة من المخطوط.

الآخَرينَ ما بقيَ يُرَدُّ عليها بالقرابةِ . فإنْ كان الأبُ أعتَقَ عبدًا قبل أنْ يموتَ، ثُمّ مات الأبُ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ ولم يَتْرُك عَصَبةً فإنّها ترِثُه؛ لأنّه مُعْتَقُ مُعْتِقِها، فكان (١) ولاؤُه لها لقولِ النّبيِّ ﷺ: «لَيسَ لِلنّساءِ مِنَ الوَلاءِ إلّا مَا أَعتَقْنَ، أَوْ أَعتَقَ مَنْ أَعتَقْنَ» (٢) الحديثَ والاستثناءُ من النّفي إثباتٌ ظاهرًا.

فإنِ اشترتْ أُخْتانِ لأبٍ وأُمٍّ أباهما، ثُمّ مات الأبُ ولم يَتْرُك عَصَبةً وترك ابنتَيْه هاتَيْنِ فلِلابنتَيْنِ الثُّلُثانِ بالنّسَب وما بقيَ فلَهما أيضًا بلا خلافٍ ولكنْ (٣) عندَ الأوّلينَ بطريقِ العُصوبةِ لأنّهما عَصَبةٌ وعندَ الآخَرينَ بطريقِ الرّدِّ، وإنِ اشترتْ إحداهما أباهما، ثُمّ مات الأبُ ولم يَتْرُك عَصَبةً وتَرَك ابنتَيْه هاتَيْنِ فلِلابنتَيْنِ الثُّلُثانِ بالنّسَب ولِلّتي اشترتِ الأبَ الثُّلُثُ [والباقي] (٤) خاصّةً بالولاءِ في قولِ الأوّلينَ لأنّها عَصَبةٌ.

وفي قولِ الآخَرينَ: الباقي يُرَدُّ عليهما نصفَيْنِ فإنّ اشترتا آباهما، ثُمّ إنّ إحداهما والأبُ اشتريا (أخًا لهما) من الأب، ثُمّ مات الأب، فإنّ المال بين الابنتَيْنِ (٥) وبين الابنِ؛ للذّكَرِ مثلُ حَظّ الأُنْثيَيْنِ؛ لأنّه مات حُرًّا عن ابن حُرّ، وعن ابنتَيْنِ حُرّتَيْنِ، فكان الميراث لهم بالقرابةِ فلا عِبْرة للوَلاءِ في ذلك فإنْ مات الابنُ بعد ذلك فلأُخْتَيْه الثُّلُثانِ بالنّسَب والثُّلُث الباقي نصفُه للّتي اشترتْه مع الأب خاصّة لأنّ لها نصف ولاء الأخ لأنّه عَتَقَ بشرائها وشراء الأب، فكان ولاؤُه بينهما وما بقيَ فبينهما نصفانِ لأنّهما مُشْتركتانِ في ولاء الأب فصار حِصّة الأب بينهما نصفَيْنِ، وهو سُدُس جميع المال وتخرُج المسألة من اثنَتَيْ عشرَ للأُخْتَيْنِ الثُّلُثانِ لكُلٍّ واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثُلُث الباقي وذلك سَهْمانِ للّتي اشترتْه مع الأب بالولاءِ ونصفُ الثُّلُث بينهما نصفانِ بوَلاءِ الأب لكُلٍّ واحدةٍ منهما سَهْمٌ فصار للّتي اشترتْه سَبْعةُ أسهمٍ وللأُخرى خمسةُ أسهمٍ، وهذا على قياسِ قولِ عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ وزيدٍ رضي الله عنهم .

وأمّا على قياسِ قولِ عُمَرَ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما: إذا مات الابنُ بعدَ موتِ الأب فلأُخْتَيْه الثُّلُثانِ بالنّسَب كما قالوا، والثُّلُثُ الباقي يُرَدُّ عليهما، فإنِ اشترتْ إحداهما الأبَ

---

(١) في المخطوط: «وكان».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «لكن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «الاثنتين».

واشترتِ الأُخرى والأبُ أخًا لهما [من الأب] (١)، ثُمّ مات الأبُ فالمالُ بين الابنِ والابنَتَيْنِ (٢) للذّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ لما قُلْنا.

فإنْ مات الأخُ بعدَ ذلك فللأُخْتَيْنِ الثُّلُثانِ بالنّسَب ونصفُ الثُّلُثِ الباقي للّتي اشترتِ الأخَ مع الأب وما بقيَ فهو للّتي اشترتِ الأبَ خاصّةً فيصيرُ المالُ بينهما نصفَيْنِ، وهذا على قول عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ وزيدٍ رضي الله عنهم.

وأمّا على قولِ عُمَرَ وابنِ [٢/ ٢١٤ب] مسعودٍ رضي الله عنهما فالثُّلُثُ الباقي يُرَدُّ عليهما والله عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

ومنها: أنّه لا يورَثُ من المُعْتَقِ بعدَ موتِه ولا يكونُ سبيلُه سبيلَ الميراثِ، وإنّما يَسْتَحِقُّه عَصَبةُ المُعْتِقِ بنفسِها وهم الذُّكورُ من عَصَبَتِه لا الإناثُ ولا الذُّكورُ من أصحاب الفرائضِ والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ ﷺ: **«الوَلاءُ لُحمَةٌ كَلُحْمَةِ النّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يوهَبُ وَلَا يُورَثُ»** (٣) أي: لا يورَثُ من المُعْتَقِ لإجماعِنا على أنّه يورَثُ من المُعْتِقِ ولأنّ (٤) الولاءَ لَمّا كان سببُه النّسَب، ثُمّ النّسَبُ لا يورَثُ نَفَسُه، وإنْ كان يورَثُ به فكذا الولاءُ.

ورَوَيْنا عن النُّجَباءِ السّبْعةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا بلفظٍ واحدٍ: الولاءُ للكِبَرِ، فالظّاهرُ هو السّماعُ. فإنْ لم يكنْ فقد ظَهَرَتِ هذه الفتْوى بينهم (٥) ولم يَظْهَرْ لهم فيها مُخالِفٌ فيكونَ إجماعًا ومعنى قولِهم الولاءُ للكِبَرِ أي للأقرَب، وهو أقرَبُ العصَبةِ إلى المُعْتَقِ يُقالُ فُلانٌ أكبَرُ قَوْمِه إذا كان أقرَبَهم إلى (الأصلِ الذي) (٦) يُنْسَبونَ إليه. وإنّما شرطنا الذُّكورةَ في هذه العُصوبةِ؛ لأنّ الأصلَ في العصَبةِ هم الذُّكورُ إذِ العصبة (٧) عِبارةٌ عن الشِّدّةِ والقوّةِ، قال اللّه تَبارَكَ وتعالى خَبَرًا عن بَني يعقوبَ عليهم الصلاة والسلام: ﴿إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إِلَىٰٓ أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ﴾ [يوسف: ٨] أي جَماعةٌ أقوياءُ أشِدّاءُ قادِرونَ على النّفعِ والدّفْعِ، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ.

وعن إبْراهيمَ النّخَعيّ وشُرَيْحٍ: أنّ الولاءَ يَجْري مجرَى المالِ فيورَثُ من المُعْتِقِ كما

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الابنتين».
(٣) أخرجه الدارمي، كتاب: الفرائض، باب: بيع الولاء، برقم (٣١٥٩)، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وفيه سعيد العدوي: اختلط.
(٤) في المخطوط: «وكان».
(٥) في المخطوط: «منهم».
(٦) في المخطوط: «إلا على الذين».
(٧) في المطبوع: «العصوبة».

يورَثُ منه سائرُ أموالِه إلاّ أنّه إنّما يَرِثُ منه الرّجالُ لا النّساءُ بالنّصِّ، وهو قولُ النّبيِّ ﷺ: «لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ [أو أعتق من أعتقن] (١)» الخبرَ وكان شُرَيْحٌ يقولُ مَنْ أحْرَزَ شيئًا في حَياتِه فهو لوَرَثَتِه بعدَ موتِه .

واحتَجّا بما رُوِيَ عن الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا مَنْ أحْرَزَ المالَ أحْرَزَ الولاءَ (٢) فقد أنْزَلوه منزلةَ المالِ فدَلّ على أنّ حُكمَه حُكمُ المالِ والجوابُ أنّ معنى قولِهم مَنْ أحْرَزَ المالَ أحْرَزَ الولاءَ أي مَنْ أحْرَزَ المالَ من عَصَبةِ المُعْتِقِ يومَ موتِ المُعْتَقِ أحْرَزَ الولاءَ أيضًا بدَليلِ أنّ المرأةَ تُحْرِزُ المالَ ولا تُحْرِزُ الولاءَ بالإجماعِ وبالحديثِ فعُلِمَ أنّ المُرادَ مَنْعُ العصَباتِ وبه نَقولُ ولأنّ في الحمْلِ على ما قُلْنا عَمَلاً بالدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ فهو (٣) أولى .

ثُمّ بيانُ هذا في الأصلِ في مسائلَ في رجلٍ أعتَقَ عبدًا له، ثُمّ مات المُعْتِقُ وترك ابنَيْنِ، ثُمّ مات أحدُ الابنَيْنِ وترك ابنًا، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فوَلاؤُه لابنِ المُعْتِقِ لصُلْبه لا لابنِ ابنِه؛ لأنّه الأكبَرُ إذْ هو أقربُ عَصَباتِ المُعْتِقِ بنفسِها والأصلُ أنّه يُعْتَبَرُ كونُ المُسْتَحِقِّ عَصَبةً يومَ موتِ المُعْتَقِ لا يومَ موتِ المُعْتِقِ ويُعْتَبَرُ [له] (٤) الكِبَرُ من حيثُ القُرْبُ لا من حيثُ السِّنُّ ألا ترى أنّ الابنَ قد يكونُ أكبَرَ سِنًّا من عَمِّه الذي هو ابنُ المُعْتِقِ، وهذا على قولِ عامّةِ العلماءِ .

وأمّا على قولِ إبْراهيمَ وشُرَيْحٌ فالمالُ بين ابنِ المُعْتِقِ وبين ابنِ ابنِه نصفَيْنِ؛ لأنّه يَجْري مجرَى الميراثِ عندَهما فكَما مات المُعْتَقُ فقد وِرْثاه جميعًا فانتَقَلَ الولاءُ إليهما، ثُمّ إذا مات أحدُهما انتَقَلَ نصيبُه إلى ولدِه كما في ميراثِ المالِ، فإنْ مات الابنُ الباقي وترك ابنًا، ثُمّ مات المُعْتَقُ فالولاءُ بين ابنِ هذا الميّتِ وبين ابنِ الميّتِ الأوّلِ نصفَيْنِ بلا خلافٍ .

أمّا على قولِ عامّةِ العلماءِ فلِاستِوائهما في العُصوبةِ .

وأمّا على قول إبْراهيمَ النّخَعيّ وشُرَيْحٍ فلِانتِقالِ نصيب كُلِّ واحدٍ منهما إلى ولده ولو

---

(١) زيادة من المخطوط .

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب: في الولاء، برقم (٢٩١٧)، وابن ماجه (٢٧٣٢) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والحديث حسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود .

(٣) في المخطوط: «فكان» .

(٤) ليست في المخطوط .

كان الأوّل حين مات ترك ابنَيْنِ، ثُمّ مات الباقي وتَرَك ابنًا واحدًا، ثُمّ مات المُعْتَقُ فالولاءُ بين ابنِ هذا وابنَي الأوّلِ يكونُ ثلاثًا عندَنا لاستِواءِ الكُلِّ في العُصوبةِ، وعندَهما الولاءُ بينهما نصفَيْنِ النِّصفُ لابنِ هذا والنِّصفُ الآخَرُ بين ابنَي الأوّلِ نصفَيْنِ؛ لأنّهما يَجْعَلانِ لكُلِّ ولدٍ [واحدٍ] [١] حِصّةَ أبيه، فإنْ مات المُعْتِقُ وترك ثلاثةَ بَنينَ فمات البنونَ وترك أحدُهم ابنًا واحدًا وترك الآخَرُ خمسةَ [٢] بَنينَ وترك الثّالِثُ عشرةَ [٣] بَنينَ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ وترك مالاً فمالُه بين أولادِ البنينَ بالسّويّةِ على عَدَدِ الرُّءوسِ في قولِ (عامّةِ العلماءِ) [٤] لاستِوائهم في العُصوبةِ والقُرْب من المُعْتَقِ.

وعلى قولِ إبْراهيمَ وشُرَيْحٍ المالُ [٥] بينهم [يكون] [٦] أثلاثًا ثُلُثٌ لابنِ الابنِ الواحدِ، والثُّلُثُ الآخَرُ بين الخمْسةِ بَني الابنِ، والثُّلُثُ الآخَرُ بين العشرةِ بَني الابنِ، فتَصحُّ فريضَتُهم من ثلاثينَ سَهْمًا لابنِ الابنِ الواحدِ عشرةٌ، وعشرةٌ بين بَني الابنِ الآخَرِ على خمسةٍ، وعشرةٌ بين بَني الابنِ الآخَرِ، وهو الثّلث [٧] على عشرةٍ.

ولو أعتَقَ رجلٌ هو وابنُه عبدًا، ثُمّ مات الرّجُلُ وترك ابنَيْنِ أحدُهما شريكُه في الإعتاقِ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فنصفُ الولاءِ لابنِه الذي هو شريكُ أبيه خاصّةً؛ لأنّه شريكُه في الإعتاقِ والنِّصفُ الباقي بينهما نصفانِ [٢/ ٢١٥أ]؛ لأنّ ذلك حِصّةُ أبيه فيكونُ بينهما بالسّويّةِ فيصيرُ [٨] الولاءُ بينهما على أربعةِ أسهمٍ: ثلاثةُ أرباعِه للابنِ الذي كان شريكَ أبيه، والرُّبُعُ للآخَرِ، فإنْ مات شريكُ أبيه قبل العبدِ وترك ابنًا، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فلابنِ الابنِ نصفُ الولاءِ الذي كان لأبيه خاصّةً والنِّصفُ الآخَرُ للابنِ وحْدَه؛ لأنّه الكُبْرُ من عَصَبةِ الأب، فكان أحقّ بنصيبه من الولاءِ فيصيرُ نصفُ الولاءِ للعَمِّ ونصفُه لابنِ أخيه.

فإنْ مات العمُّ وترك ابنَيْنِ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فنصفُ الولاءِ لابنِ شريكِ أبيه خاصّةً والنِّصفُ الآخَرُ بينه وبين ابني عَمِّه أثلاثًا لكُلِّ واحدٍ منهم الثُّلُثُ فيصيرُ لابنِ شريكِ أبيه الثُّلُثانِ ويصيرُ لابنَيْ عَمِّه الثُّلُثُ لكُلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ، فإنْ مات المُعْتِقُ وترك ابنًا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «خمس».
(٣) في المخطوط: «عشر».
(٤) في المخطوط: «العامة».
(٥) في المخطوط: «ماله».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «الثالث».
(٨) في المخطوط: «فيكون».

وأبًا، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فالولاءُ للابنِ وابنِ الابنِ، وإنْ سَفَلَ لا للأب في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وعامّةِ الفقهاءِ، وعندَ أبي يوسُفَ سُدُسا [١] الولاءِ للأب، والباقي للابنِ، وهو قولُ إبْراهيمَ النّخَعيّ وشريح، وهذا على أصلِهما صَحيحٌ؛ لأنّهما يُنْزِلانِ الولاءَ منزلةَ الميراثِ والحُكمُ في الميراثِ هذا، وإنّما المُشْكِلُ قولُ أبي يوسُفَ؛ لأنّه لا يَحِلُّ ما يَتْرُكه المُعْتِقُ بعدَ موتِه مَحَلَّ الإرثِ، بل يَجْعَلُه لعَصَبةِ المُعْتِقِ بنفسِها والأبُ لا عُصوبةَ له مع الابنِ، بل هو صاحِبُ فريضةٍ كما في ميراثِ المالِ، فكان الابنُ هو العصَبةُ، فكان الولاءُ له.

فإنْ مات المُعْتِقُ وترك أبًا وثلاثةَ إخوةً مُتَفرّقينَ أخًا لأبٍ وأُمٍّ وأخًا لأبٍ وأخًا لأُمٍّ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فالولاءُ للأب خاصّةً؛ لأنّه العصَبةُ، فإنْ مات الأبُ، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فالولاءُ للأخِ من الأب والأُمِّ؛ لأنّه أقرَبُ العصَباتِ إلى المُعْتِقِ، فإنْ مات الأخُ من الأب والأُمِّ وترك ابنًا فإنّ الولاءَ يرجعُ إلى الأخِ لأبٍ؛ لأنّه الكُبْرُ .

فإنْ مات الأخُ من الأب وترك ابنًا فإنّ الولاءَ يرجعُ إلى ابنِ الأخِ للأب والأُمِّ؛ لأنّه أقرَبُ، فإنْ مات ابنُ الأخِ من الأب والأُمِّ وترك ابنًا فإنّ الولاءَ يرجعُ إلى ابنِ الأخِ من الأب؛ لأنّه أقرَبُ .

فإنْ مات ابنُ الأخِ من الأب وترك ابنًا فإنّ الولاءَ يرجعُ إلى ابنِ ابنِ الأخِ من الأب والأُمِّ؛ لأنّه أقرَبُ ولا يَرِثُ الأخُ من الأمِّ ولا أحدَ من ذَوي الأرحامِ شيئًا من الولاءِ لما بيّنّا فيما تَقدّمَ.

ولو مات المُعْتِقُ وترك جَدّه [٢] أبا أبيه وأخاه لأبيه وأُمّه أو لأبيه فالولاءُ للجَدِّ لا للأخِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ الولاءُ بين الجدِّ والأخِ نصفانِ [٣] بناءً على أنّه [٤] لا ميراثَ للأخِ مع الجدِّ عندَه، وعندَهما يورِّثانِ [٥] الأخَ مع الجدِّ بالتّعْصيب .

فإنْ مات المُعْتِقُ وترك ابنًا وبنتًا، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فالولاءُ للابنِ لا للبنتِ؛ لأنّ الابنَ هو العصَبةُ بنفسِه لا البنتُ ولِقولِ النّبيّ ﷺ: «لَيسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إلّا مَا أَعْتَقنَ أَوْ أَعْتَقَ

---

(١) في المخطوط: «سدس».
(٢) في المخطوط: «جدًا».
(٣) في المخطوط: «نصفين».
(٤) في المخطوط: «أن».
(٥) في المخطوط: «يرث».

مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ »[١] ولم يوجدْ ههنا المُسْتَثْنَى فبقيَ استِحْقاقُها الولاءَ على أصلِ النّفيِ.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنّ النّساءَ لا يَرِثْنَ بالولاءِ إلاّ ما أعتقنَ، أو أعتَقَ مَنْ أعتقنَ، أو كاتَبنَ، أو كاتَبَ مَنْ كاتَبنَ أو دبّرْنَ، أو دَبّرَ مَنْ دبّرْنَ وأولادُهم وأولادُ أولادِهم، وإنْ سَفَلوا إذا كانوا من امرأةٍ مُعْتَقةٍ، أو ما جرّ مُعْتِقُهُنّ من الولاءِ إليهِنّ.

وبيانُ هذه الجملةِ: امرأةٌ أعتَقَتْ عبدًا لها، ثُمّ مات العبدُ ولا وارِثَ له فوَلاؤُه للمرأةِ لقولِه ﷺ خاصّةً في النّساءِ: «لَيسَ لِلنّسَاءِ مِنَ الوَلاءِ إلّا مَا أَعْتَقْنَ»، وهذا مُعْتَقُها ولِعُمومِ قولِه ﷺ: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ومَنْ تَعُمُّ الذّكَرَ والأُنْثَى فلو أنّ مُعْتِقَها أعتَقَ عبدًا له، ثُمّ مات العبدُ الأسفَلُ ولم يَتْرُك وارِثًا فوَلاؤُه لمولاه الذي أعتَقَه ولا يَرِثُ مولاه منه شيئًا؛ لأنّه مُعْتِقُ مولاه وليس بمُعْتَقِها حقيقةً، بل مُعْتِقِ مُعْتِقِها، فكان إثباتُ الولاءِ للمُعْتِقِ حقيقةً أولى.

فإنْ مات العبدُ الأعلى ولم يَتْرُك عَصَبةً، ثُمّ مات العبدُ الأسفَلُ فوَلاؤُه للمرأةِ المُعْتَقةِ؛ لأنّه مُعْتِقُ مُعْتِقِها فيدخلُ تحت قولِه ﷺ: «أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ» ولو ترك العبدُ الأعلى عَصَبةً فمالُه لعَصَبتِه لما ذَكَرْنا أنّ شرطَ الإرثِ بالولاءِ أنْ لا يكون لَلْمُعْتِقِ عَصَبةٌ من النّسَب.

وكذلك لو أنّ المُعْتِقَ الثّاني أعتَقَ ثالِثًا والثّالِثُ أعتَقَ رابعًا فميراثُهم كُلُّهم إذا ماتوا لها إذا لم يُخْلِفْ مَنْ مات منهم مولًى أقربَ إليه منها ولا عَصَبةً.

ولو كاتبَتْ المرأةُ[٢] عبدًا لها فأدّى فعَتَقَ ثُمّ مات العبدُ المُكاتَبُ فوَلاؤُه لها؛ لقولِ النّبيِّ ﷺ: «أَوْ كَاتَبْنَ».

وكذا لو كان العبدُ المُكاتَبُ كاتَبَ عبدًا له من أكسابه فأدّى الأسفَلُ أوّلاً فعَتَقَ، كان ولاؤُه لها؛ لأنّ الأعلى ليس من أهلِ الولاءِ لأنّه عبدٌ مَمْلوكٌ بعدُ [٢/ ٢١٥ب]، وكذا إذا أدّيا جميعًا مَعًا فعَتَقا، فوَلاؤُهما[٣] لها لقولِه ﷺ «أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ».

وكذا إذا دَبّرَتِ امرأةٌ عبدًا لها فماتتْ ثُمّ مات العبدُ، كان ولاؤه منها حتّى يكونَ للذُّكورِ من عَصَبتِها.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «امرأة».

(٣) في المخطوط: «فولاؤهم».

وكذا إذا ماتتِ المرأةُ حتّى عَتَقَ المُدَبّرُ بموتِها فدَبّرَ عبدًا له فوَلاؤُه يكونُ لعَصَبَتِها، وكذا ولاءُ أولادِها ووَلاءُ أولادِ أولادِهم الذينَ وُلِدوا من امرأةٍ مُعْتَقةٍ يكونُ لها؛ لأنّ ولاءَهم يَثْبُتُ لآبائهم، ووَلاءُ آبائهم لها، كذا ولاءُ [1] أولادِهم. امرأةٌ زوّجَتْ عبدَها بمولاةِ قَوْمٍ فوَلَدَتْ ولدًا فوَلاءُ الولدِ يكونُ لمولى أُمّه ولا يكونُ للمرأةِ منه شيءٌ، وهذا مِمّا لا يُشَكُّ فيه؛ لأنّ أبا الولدِ ليس بمُعْتَقٍ بل هو عبدٌ مَمْلوكٌ ولا يُتَصَوّرُ ولاءُ العتاقةِ بدونِ العتقِ فلو أعتقَتِ المرأةُ عبدَها جَرّ العبدُ المُعْتَقُ ولاءَ الولدِ إلى مولاتِه حتّى لو مات الولدُ ولا وارِثَ له كان مالُه لأبيه، فإنْ لم يكنْ له أبٌ فإنْ كان مات فوَلاؤُه للمرأةِ التي أعتقَتْ أباه.

هذا تَفْسيرُ جَرّ موالي النّساءِ الولاءَ إليهِنّ والله عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

امرأةٌ أعتقَتْ عبدًا لها ثُمّ ماتتْ ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ فوَلاءُ مُعْتَقِها لوَلَدِها الذُّكورِ إنْ كانوا من عَصَبَتِها، وعقلُه عليهم أيضًا بلا خلافٍ، وإنْ كانوا من غيرِ عَصَبَتِها فوَلاءُ مُعْتَقِها لوَلَدِها الذُّكورِ الذينَ هم من غيرِ عَصَبَتِها، وعقلُه على سائرِ عَصَبَتِها دونَ ولدِها فإنِ انقرضَ ولدُها وخَلّفوا عَصَبةً لهم لَيْسوا من قَوْمِ المرأةِ المُعْتِقةِ ولها عَصَبةٌ كان لعَصَبَتِها دونَ عَصَبةِ ابنِها؛ لأنّ الولاءَ للكِبَرِ، وأنّه لا يورَثُ.

وكذلك ما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: يرجعُ الولاءُ [2] إلى عَصَبَتِها إذا انقَطَعَ ولدُها الذُّكورُ وهو قولُ عامّةِ العلماءِ، وإذا لم يكنْ لها عَصَبةٌ من نَسَبٍ وكان لها موالٍ أعتَقوها فالولاءُ لمواليها، وكان شُرَيْحٌ يَجْعَلُ الولاءَ بعدَ بَنيها لعَصَبةِ البنينَ دونَ عَصَبَتِها؛ لأنّه يَجْعَلُ الولاءَ ميراثًا كالمالِ.

وبيانُ هذه الجملةِ: امرأةٌ أعتقَتْ عبدًا لها ثُمّ ماتتْ وتركتِ ابنًا وأخًا لها، ثُمّ مات العبدُ المُعْتَقُ، فمالُه لابنِها لا لأخيها بلا خلافٍ، فإنْ مات ابنُها وترك أخًا له وأباه فإنّ الولاءَ للخالِ دونَ الأب؛ لأنّ الخالَ أخ المُعْتِقةِ [3] وهو عَصَبَتُها والأبُ لا قَرابةَ بينه وبين المُعْتِقةِ، وعلى قولِ شُرَيْحٍ الولاءُ [الذي للأخِ يَنْبَغي أنْ يكونَ] [4] للأب لا للخالِ؛ لأنّ الأبَ عَصَبةُ الابنِ.

---

(١) في المخطوط: «أولاد».

(٢) في المخطوط: «بالولاء».

(٣) في المخطوط: «للمعتقة».

(٤) ليست في المخطوط.

وكذلك إذا مات الابنُ وترك أخًا لأبٍ أو عَمًّا أو جَدًّا من قِبَلِ أبيه أو ترك ابنَ عَمٍّ أو ترك موالي أبيه فهذا كُلُّه سَواءٌ، والولاءُ يرجعُ إلى عَصَبةِ الأمِّ، الأقرَبُ منهم فالأقرَبُ إنْ كان لها بَنو عَمٍّ يرجعُ إليهم، وإنْ لم يكنْ وكان لها موالٍ أعتَقوها يرجعُ الولاءُ إليهم، وفي قولِ شُرَيْحٍ لا يرجعُ الولاءُ، ويمْضي على جِهَتِه .

وعن الشَّعْبيِّ وابنِ أبي لَيْلى أنّ الولاءَ للذُّكورِ من ولدِها، والعقلُ عليهم أيضًا دونَ سائرِ عَصَبةِ المُعْتِقةِ، وقالا: كما يَرِثونَه كذلك يعقِلونَ عنه؛ لأنّ الخراجَ بالضّمانِ والصّحيحُ قولُ العامّةِ لما روى أنّ عَليًّا والزُّبيرَ رضي الله عنهما اختَصَما إلى عُمَرَ رضي الله عنه في ولاءِ مولى صَفيّةَ بنتِ عبدِ المُطّلِب فقال الزُّبيرُ: هي أُمّي فأنا أرِثُها وليَ ولاؤُها، وقال عَليٌّ: هي عَمّتي وأنا عَصَبَتُها، وأنا أعقِلُ عنها فلي ولاؤُها فقضى عُمَرُ رضي الله عنه بالولاءِ للزُّبيرِ، وبالعقلِ على عَليٍّ رضي الله عنهم أجمعين. والمعنى فيه أنّ استِحْقاقَ الميراثِ بالعُصوبةِ، والابنُ في ذلك مُقَدّمٌ على الأخِ وابنِ العمِّ.

وأمّا العقلُ: فبالتّناصُرِ، ألا تَرَى أنّ أهلَ الدّيوانِ يتعاقَلونَ بالتّناصُرِ ولا ميراثَ بينهم ولا عُصوبةَ، والتّناصُرُ لها ولِمولاها بقَوْمِ أبيها لا بابنِها؟ كذلك كان العقلُ عليهم واعتِبارُ العقلِ بالميراثِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ العقلَ ليس يَتْبَعُ الميراثَ لا مَحالةَ.

ألا تَرَى أنّ الرّجُلَ يَرِثُه ولدُه الذُّكورُ والإناثُ وأخَواتُه ولو جَنَى جِنايةً لها عقلٌ كان عقلُها على عَصَبَتِه دونَ ولدِه وأخَواتِه؟ ولو أعتَقَ أمةً له ثُمّ غَرِقا جميعًا ولا يَدْري أيُّهما مات أوّلاً، لم يَرِثِ المولى منها وكان ميراثها [(١)] لعَصَبةِ المولى إنْ لم يكنْ لها وارِثٌ.

وأصلُ المسألةِ: أنّ الغرْقَى والهَدْمَى لا يَرِثُ بعضُهم بعضًا عندَنا، وهو قولُ عامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم؛ لأنّ كُلّ أمرَيْنِ حادِثَيْنِ لا يُعْرَفُ تاريخُهما يُجْعَلُ كأنّهما وقَعا مَعًا والمسألةُ تُعْرَفُ في (كِتاب الفرائضِ).

ومنها: أنّه لازِمٌ حتّى لا يقدِرَ المُعْتِقُ على إبْطاله [(٢)] حتّى إنه لو أعتَقَ عبدَه سائبةً، بأنْ أعتَقَه وشرَطَ أنْ يكونَ سائبةً لا وِلايةَ له عليه، كان شرطُه باطِلاً ووَلاؤُه له عندَ عامّةِ

---

(١) في المطبوع: «ميراثه».

(٢) في المخطوط: «إبطالها».

العلماءِ [١] وقال مالكٌ: ولاؤه لجميعِ [٢] المسلمينَ [٣].

والصّحيحُ: قولُ العامّةِ؛ لقولِه ﷺ: «الولاءُ لمَنْ أعتَقَ». وكذا لا يملِكُ نَقْلَه إلى غيرِه حتّى لا يجوزُ بيعُه وهِبَتُه والتّصَدُّقُ به، والوصيّةُ وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ [٢/ ٢١٦أ]، وقال بعضُهم: يملِكُ نَقْلَه بالبيعِ وغيرِه.

واحتَجّوا بما رُوِيَ أنّ أسماءَ رضي الله عنها أعتَقَتْ عبدًا فوَهَبَتِ الولاءَ لابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما.

ولنا: قولُه ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ» [٤] ولأنّ مَحَلّ هذه التّصَرُّفاتِ المالُ، والولاءُ ليس بمالٍ فلا يجوزُ بيعُه كالنّسَب. وأمّا ما رُوِيَ عن أسماءَ رضي الله عنها فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ معناه وهَبَتْ له ما استَحقّتْ بالولاءِ وهو المالُ فرَواه الرّاوي ولاءً لكَوْنِه مُسْتَحقًّا بالولاءِ أو يُحمَلُ على هذا تَوْفيقًا بين الدّلائلِ.

وكذا إذا باعَ عبدًا وشرَطَ على المُشْتَري أنْ يكونَ ولاؤُه له فالشّرطُ باطِلٌ ويكونُ ولاؤُه لَلْمُشْتَري إذا أعتَقَ عبدَه وشرَطَ أنْ يكونَ ولاؤُه لجَماعةِ المسلمينَ لم يصحّ، ويكونُ ولاؤُه له [روينا، و] [٥] لما رُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها لَمّا اشترتْ بَريرةَ شرَطَ عليها أنْ يكونَ ولاؤُها لمواليها فخطَبَ رسولُ اللّه ﷺ وقال في خُطْبَتِه: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيسَتْ فِي كِتَابِ اللّهِ تَعَالَى كُلُّ شَرْطٍ لَيسَ فِي كِتَابِ اللّهِ تَعَالَى فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ» [٦] وهل يحتملُ الولاءُ التّحَوُّلَ من مَحَلٍّ إلى مَحَلٍّ؟ يُنْظَرُ فيه إنْ ثَبَتَ بإيقاعِ العتقِ فيه لا يتحَوّلُ أبدًا؛ لقولِه ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ألزَمَ الولاءُ المُعْتِقَ وإنْ ثَبَتَ بحُصولِ العتقِ لغيرِه، تَبَعًا يتحَوّلُ إذا قامَ دَليلُ التّحَوُّلِ.

وبيانُ هذه الجملةِ عندَ تزوُّجِ أمةٍ لقَوْمٍ فوَلَدَتْ منه ولدًا فأعتَقَها مولاها ووَلَدَها أو كانت حُبْلى به حين أعتَقَها أو أعتَقَها فوَلَدَتْ بعدَ العتقِ لأقلّ من سِتّةِ أشهرٍ، أو كانت مُعْتَدّةً من

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص (٣٨٧).

(٢) في المخطوط: «لجماعة».

(٣) مذهب المالكية: أن السائبة هو: الذي يعتق عن المسلمين فولاؤه للمسلمين لا لمن أعتقه، انظر: المعونة (٣/ ١٠٣٧).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) سبق تخريجه.

طلاقٍ أو موتٍ فوَلَدَتْ لتَمامِ سَنَتَيْنِ من يومِ الموتِ أو الطّلاقِ وقد أعتَقَ الأبَ رجلٌ آخَرُ كان ولاءُ الولدِ للّذي أعتَقَه مع أُمّه، ولا يتحَوّلُ إلى مولى أبيه وإنْ أُعْتِقَ أبوه بعدَ ذلك؛ لأنّه لَمّا أعتقهم فقد ثَبَتَ ولاءُ الولدِ بإيقاعِ العتقِ فيه، فلا يحتملُ التّحَوُّلَ، وكذا إذا أعتَقَها وهي حُبْلى لما قُلْنا، وكذا إذا أعتَقَها ثُمّ جاءَتْ بوَلَدٍ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ من وقتِ الإعتاقِ لأنّا تَيَقّنّا بكَوْنِه في البطْنِ وقتَ الإعتاقِ؛ لأنّ الولدَ لا يولدُ لأقَلّ من سِتّةِ أشهرٍ فيَثْبُتُ ولاؤُه بالإعتاقِ فلا يتحَوّلُ.

ولو جاءَتْ بوَلَدٍ لسِتّةِ أشهرٍ فصاعِدًا يتحَوّلُ ولاؤُه إلى موالي الأب؛ لأنّا لم نَعْلم يَقينًا أنّه كان في البطْنِ وقتَ إعتاقِ الأمِّ فيُجْعَلَ كأنّها حَبلَتْ بعدَ العتقِ فيكونَ حُرًّا تَبَعًا للأُمِّ، ويَثْبُتَ له الولاءُ من موالي أُمّه على جِهةِ التّبَعيّةِ، ووَلاءُ الولدِ إذا ثَبَتَ لموالي الأُمِّ على وجه التّبَعيّةِ يتحَوّلُ إلى موالي الأب إذا أُعْتِقَ الأبُ لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه عَزّ وجَلّ.

وإذا كانتِ الأُمُّ مُعْتَدّةً من طلاقٍ أو موتٍ فإنّ نَسب الولدِ يَثْبُتُ إلى سَنَتَيْنِ؛ لأنّ الوطْءَ كان حَرامًا فيُجْعَلُ مُدّةَ الحمْلِ سَنَتَيْنِ ويُحْكَمُ بكَوْنِ الولدِ في البطْنِ يومَ الإعتاقِ، فإذا[1] حَكَمْنا بوجودِه يومَ الإعتاقِ يَثْبُتُ الولاءُ بالإعتاقِ فلا يتحَوّلُ إلى غيرِه وإذا كانتِ المُعْتَقةُ تحت مَمْلوكٍ فوَلَدَتْ عَتَقَ الولدُ بعِتْقِها؛ لأنّ الولدَ يَتْبَعُ الأُمّ في الرِّقّ والحُرّيّةِ.

فإنْ أُعْتِقَ أبوه جَرّ ولاءَ الولدِ إلى مولاه. هكذا رُوِيَ عن عُمَرَ بنِ الخطّاب رضي الله عنه أنّه قال: إذا كانتِ الحُرّةُ تحت مَمْلوكٍ فوَلَدَتْ عَتَقَ الولدُ بعِتْقِها، فإذا أُعْتِقَ أبوه جَرّ الولاءَ[2].

وعن الزُّبيرِ بنِ العوّامِ رضي الله عنه أنّه أبْصَرَ فِتْيةً لَعْساءَ أعجَبَه ظُرْفُهم، وأُمُّهم مولاةٌ لرافِعِ بنِ خَديجٍ رضي الله عنه وأبوهم عبدٌ لبعضِ الحُرْقةِ من جُهَيْنةَ أو لبعضِ أشجَعَ فاشترى الزُّبيرُ أباهم فأعتَقَه، ثُمّ قال: انتَسِبوا إلَيّ، وقال رافِعٌ: بل هم مواليّ فاختَصَما إلى عثمانَ رضي الله عنه في ولاءِ الولدِ فقضَى بوَلائهم للزُّبيرِ[3]. يعني أنّ الأبَ جَرّ

(١) في المخطوط: «وإذا».
(٢) أخرجه ابن فرقد في «المبسوط» (٤/ ١٧١)، ولفظه: «عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فإذا أعتق أبوهم جر الولاء».
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠/ ٣٠٧)، برقم (٢١٣٠٩).

ولاءَ ولدِه إلى مولاه [(١)] وهو الزُّبيرُ حين أعتقَه الزُّبيرُ وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه أحدٌ فيكونَ إجماعًا ولأنّ الأصلَ في الولاءِ هو الأبُ لأنّ الولاءَ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسَب، والأبُ هو الأصلُ في النّسَب حتّى يُنْسَب الولدُ إلى الأب ولا يُنْسَبُ إلى الأمِّ إلاّ عندَ تعَذُّرِ النِّسْبةِ إلى الأب .

وكذا [(٢)] في اعتِبارِ الولاءِ وإنّما يُعْتَبَرُ جانِبُ الأُمِّ عندَ تَعَذُّرِ الاعتِبارِ من جانِب الأب بأنْ لم يكنْ من أهلِ الولاءِ ولا تَعَذُّرَ ههنا فيُعْتَبَرَ جانِبُه، ولأنّ الإرثَ بالولاءِ من طريقِ العُصوبةِ، والتّعْصيبُ من قِبَلِ الأب أقوَى فكان أولى .

ولو مات الأبُ عبدًا ولم يعتِقْ كان ولاءُ ولدِه لموالي الأُمِّ أبدًا لتَعَذُّرِ اعتِبارِ جانِب الأب.

وأمّا الجدُّ فهل يَجُرُّ ولاءَ الحافِدِ بأنْ كان للأب الذي هو عبدٌ أبٌ عبدٌ، وهو جَدُّ الصّبيِّ فأُعْتِقَ الجدُّ، والأبُ عبدٌ على حالِه؟

قال عامّةُ العلماءِ: لا يَجُرُّ ولا يكونُ مسلمًا بإسلامِ الجدِّ، ووَلاءُ أولادِ ابنِه العبدِ لموالي الأُمِّ لا لموالي الجدِّ .

وقال الشّعْبيُّ: يَجُرُّ، ويكونُ مسلمًا بإسلام الجدِّ [٢/ ٢١٦ب]، وجه قولِه : أنّ الجدّ يقومُ مقامَ الأب في الوِلايةِ، فإنّ الأبَ إذا كان عبدًا تَتَحَوّلُ الوِلايةُ إلى الجدِّ، فكذا يقومُ مقامَه في جَرِّ الولاءِ والإسلامِ .

ولنَا: أنّ الأبَ فاصِلٌ بين الابنِ والجدِّ، فلا يكونُ الابنُ تابعًا له في الولاءِ والإسلامِ، لأنّ الجدّ لو جَرّ الولاءَ لَكان لا يَثْبُتُ الولاءُ لموالي الأُمِّ رأسًا، إذْ لا شَكّ أنّ أصلَه يكونُ حُرًّا، أمّا [من] [(٣)] الجدِّ أي لأبيه أو مَنْ قِبَلَه من الأجدادِ إلى آدمَ ﷺ، فلَمّا ثَبَتَ الولاءُ لموالي الأُمِّ في الجملةِ ثَبَتَ [(٤)] أنّ الجدّ لا يَجُرُّ، وكذا لا يصيرُ مسلمًا بإسلامِ الجدِّ؛ لأنّه لو صار مسلمًا بإسلامِه لَصار مسلمًا بإسلامِ جَدِّ الجدِّ، ولكان النّاسُ كُلُّهم مسلمينَ بإسلامِ آدمَ ﷺ ويَنْبَغي أنْ لا يجوزَ استِرْقاقُ أحدٍ، والمعلومُ بخلافِه فثَبَتَ أنّ القول بجَعْلِ الولدِ تابعًا للجَدِّ في الولاءِ باطِلٌ.

---

(١) في المطبوع: «مولاهم».
(٢) في المخطوط: «فكذا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «دلَّ».

وَأمّا بيانُ قدرِه: فالولاءُ يَثْبُتُ بقدرِ العتقِ ؛ لأنّ سببَ ثُبوتِه العتقُ ، والحُكمُ يتقَدّرُ بقدرِ السّبَب ، وبيانُه في العبدِ المُشْتَرَكِ بين اثنَيْنِ أعتَقَ أحدُهما نصيبَه وهو موسِرٌ أو مُعْسِرٌ وقد ذَكَرْنا الاختلافَ فيه في كِتاب العتاقِ بناءً على تَجزُّؤِ العتقِ وعَدَمِ تَجزُّئِه واللّه أعلَمُ .

وَأمّا بيانُ حُكمِ الولاءِ فلَه أحْكامٌ:

منها: الميراثُ وهو أنْ يَرِثَ المُعْتِقُ مالَ المُعْتَقِ لما ذَكَرْنا من الأدِلّةِ ، ويَرِثُ مالَ أولادِه عندَ وجودِ شرطِ الإرثِ وهو ما ذَكَرْنا .

ومنها: تَحمُّلُ العقلِ للتّقْصيرِ في النُّصْرةِ والحِفْظِ .

ومنها: وِلايةُ الإنْكاحِ ؛ لأنّه آخِرُ العصَباتِ ، ثُمّ إذا ورِثَ المُعْتِقُ مالَ المُعْتَقِ فإنْ كان المُعْتِقُ [١] معلومًا يُدْفَعْ إليه ، وإنْ لم يُعْلم تَوَقّفَ الولاءُ ؛ كما إذا اشترى رجلٌ عبدًا ثُمّ إنّ المُشْتَرِيَ أقَرّ أنّ البائعَ كان قد أعتقَه قبل أنْ يَبيعَه ، فهو حُرٌّ ووَلاؤُه موقوفٌ إذا جَحَدَ البائعُ ذلك ، فإنْ صَدّقَه بعدَ ذلك لَزِمَه الولاءُ وعليه أنْ يَرُدّ الثّمَنَ على المُشْتَري .

وكذا إنْ صَدّقَه ورَثَتُه بعدَ موتِه . أمّا حُرّيّةُ العبدِ [٢] فإنّ إعتاقَ البائعِ إنْ لم يَثْبُتْ في حقِّ البائعِ بإقرارِ المُشْتَري لتَكذيب البائعِ إيّاه فقد ثَبَتَ في حقِّه ؛ لأنّه في إقرارِه على نفسِه مُصَدّقٌ وإنْ لم يُصَدّقْ على غيرِه ، فيَثْبُتُ إعتاقُ البائعِ في حقّه ، فيَثْبُتُ حُرّيّةُ العبدِ في حقّه لكنْ ليس له أنْ يرجعَ بالثّمَنِ على البائعِ ؛ لأنّ إقرارَه بالإعتاقِ لم يَنفُذْ في حقِّه لتَكذيبه إيّاه ، فلم يَثْبُتْ عِتْقُ العبدِ في حقِّه .

وأمّا كونُ الولاءِ موقوفًا فلأنّه لا يُمْكِنُ إثباتُه للمُشْتَري ؛ لأنّه لم يوجدْ منه الإقرارُ بإعتاقِ العبدِ عن [٣] نفسِه ، ولا يُمْكِنُ إثباتُه للبائعِ ؛ لأنّ إقرارَ المُشْتَري لم يَنفُذْ عليه فلم يكنِ العتقُ معلومًا ، فبقيَ ولاءُ العبدِ موقوفًا على تَصْديقِ البائعِ له ووَرَثَتِه ، فإنْ صَدّقَه البائعُ لَزِمَه الولاءُ ؛ لوجودِ الإعتاقِ منه بإقرارِه ، ولزِمَه رَدُّ الثّمَنِ إلى المُشْتَري ، لأنّه تَبيّنَ أنّه باعَ حُرًّا .

وكذا إذا مات البائعُ فصَدّقَه ورَثةُ المُشْتَري ؛ لأنّ ورَثَتَه قاموا مقامَ الميِّتِ فصار

---

(١) في المطبوع : «العِتْقُ» .
(٢) في المخطوط : «الأب» .
(٣) في المخطوط : «من» .

تَصْديقُهم كتَصْديقِ الميِّتِ، هذا إذا أَقَرّ المُشْتَري بإعتاقِ البائعِ، فإنْ أَقَرّ بتَدْبيرِه وأَنْكَرَ البائعُ فمات البائعُ عَتَقَ العبدُ؛ لأنّ إقرارَ المُشْتَري (بالتّدْبيرِ من البائعِ) [1] إقرارٌ منه بإعتاقِه العبدَ بعدَ موتِه، فإذا مات نَفَذَ إقرارُه في حقِّه إنْ لم يَنْفُذْ في حقِّ البائعِ لما قُلْنا [2]، فيُحْكَمُ بحُرِّيّةِ العبدِ على المُشْتَري، ووَلاؤُه يكونُ موقوفًا لما قُلْنا إلاّ إذا صَدّقَه ورَثةُ البائعِ بعدَ موتِه فيَلْزَمُ الولاءُ البائعَ استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يَلْزمه في هذا، وفي الوجه الأوّلِ أيضًا.

وجه القياسِ: أنّ ولاءَ الميِّتِ لم يَثْبُتْ فالورَثةُ بالتّصْديقِ يُريدونَ إثباتَ ولاءٍ لم يَثْبُتْ [له] [3]، فلا يملِكونَ ذلك كما لا يملِكونَ إثباتَ النّسَبِ عليه.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ تَصْديقَهم إقرارٌ منهم بما يملِكونَ إنْشاء سببه في الحالِ؛ لأنّهم يملِكونَ إعتاقَ العبدِ للحالِ، فكان إقرارًا على أنْفُسِهم بثُبوتِ الولاءِ لهم في الحقيقةِ فيصحُّ إقرارُهم في حقِّ أنْفُسِهم بثُبوتِ الولاءِ.

وكذلك أمةٌ بين رجلَيْنِ شَهِدَ كُلُّ واحدٍ منهما أنّها أُمُّ ولدٍ من صاحِبه، وصاحِبُه يُنْكِرُ، فإذا مات أحدُهما عَتَقَتِ الجاريةُ، ووَلاؤُها موقوفٌ، أمّا العتقُ: فلأنّ كُلّ واحدٍ منهما أَقَرّ على صاحِبه بعِتْقِها بعد [4] موتِ صاحِبه، فيصحُّ إقرارُ كُلِّ واحدٍ منهما في حقِّ نفسِه، ويكونُ ولاؤُها موقوفًا؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما نَفَى الولاءَ عن نفسِه وألحقَه بصاحِبه فانتَفَى عن نفسِه ولم يَلْحقْ بصاحِبه فبَقيَ موقوفًا.

وكذلك عبدٌ بين رجلَيْنِ، قال كُلُّ واحدٍ منهما لصاحِبه: إنّك قد أعتقت هذا العبدَ وجَحَدَ الآخَرُ، فالعبدُ حُرٌّ ووَلاؤُه موقوفٌ، حتّى لو مات وترك مالاً لم يَرِثْه واحدٌ منهما، ويوقَفُ في بيتِ المالِ إلى أنْ يُصَدِّقَ أحدُهما صاحِبَه [٢/ ٢١٧أ] لما قُلْنا.

وعلى هذا مسائلُ: ثُمّ كُلُّ ولاءٍ موقوفٌ فميراثُه يوقَفُ في بيتِ المالِ، وجِنايةُ العبدِ على نفسِه لا يعقِلُ عنه بيتُ المالِ، وإنّما يوقَفُ ميراثُه ببيتِ المالِ؛ لأنّ ولاءَه موقوفٌ لا يُعْرَفُ لمَنْ هو، فكان ميراثُه موقوفًا أيضًا؛ لأنّه يَثْبُتُ به فيوقَفُ في بيتِ المالِ كاللُّقَطةِ.

---

(١) في المخطوط: «بتدبير البائع».
(٢) في المخطوط: «بينا».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المطبوع: «عند».

وأمّا جِنايَتُه فإنّما لا تُتَحمّلُ عنه ببيتِ المالِ؛ لأنّ له عاقِلةً غيرَ بيتِ المالِ وهو نفسُه، فلا يجوزُ حَمْلُ عقلِه على بيتِ المالِ ويصيرُ هو عاقِلةَ نَفْسِه في هذه الحالةِ لجَهالةِ مولاه، بخلافِ الميراثِ فإنّه لا يُمْكِنُ إثباتُه لغيرِ مُسْتَحِقِّه، ولا يَسْتَحِقُّ إلاّ أحدُهما وهو غيرُ معلومٍ فيوضَعُ في بيتِ المالِ ضَرورةً، وهذا بخلافِ اللّقيطِ أنّه يَرِثُه بيتُ المالِ ويعقِلُ عنه أيضًا؛ لأنّ ههنا ولاءَه كان ثابتًا من إنسانٍ إلاّ أنّه لا يُعْرَفُ، وإنّما يُجْعَلُ العقلُ على بيتِ المالِ إذا لم يكنْ له ولاءٌ ثابتٌ، إلاّ أنّ ميراثَه يوضَعُ في بيتِ المالِ؛ لأنّه مالٌ ضائعٌ، ولا يَثْبُتُ ولاءُ اللّقيطِ من أحدٍ فكان عقلُه على بيتِ المالِ، كما أنّ ميراثَه لبيتِ المالِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وأمّا بيانُ ما يَظهَرُ به الولاءُ: فالولاءُ يَظْهَرُ بالبيِّنةِ مَرّةً، وبالإقرارِ أُخرى.

أمّا البيِّنةُ: فنحوُ أنْ يَدّعيَ رجلٌ أنّه وارِثُه بوَلاءِ العتاقةِ فيَشْهَدُ له شاهدانِ أنّ هذا الحيّ أعتَقَ هذا الحيّ أو أعتَقَ الميِّتَ، وهو يملِكُه وهو وارِثُه، ولا يعلَمونَ له وارِثًا غيرَه جازَتِ الشّهادةُ؛ لأنّهم شَهِدوا شهادةً مُفَسّرةً، لا جَهالةَ فيها. فقُبِلَتْ ولو شَهِدا أنّ الميِّتَ مولاه، وأنّه وارِثُه لا وارِثَ له غيرُه لم تَجُزِ الشّهادةُ حتّى يُفَسّرَ الولاءُ؛ لأنّ الولاءَ يختلِفُ، قد يكونُ ولاءَ عَتاقةٍ، وقد يكونُ ولاءَ موالاةٍ، وأحْكامُها تختَلِفُ، فما لم يُفَسّرْ كان مجهولاً فلا يُقْبَلُ الشّهادةُ عليه.

وكذلك لو شَهِدوا أنّ الميِّتَ مولاه مولى العتاقةِ أيضًا لم يَجز؛ لأنّ مولى العتاقةِ نوعانِ أعلى وأسفَل، [واسمُ المولى يُستعملُ في كُلِّ واحدٍ منهما على السّواءِ] [1]، فلا تُقْبَلُ الشّهادةُ إلاّ بالبيانِ والتّفسيرِ.

ولو ادّعى رجلانِ ولاءَه بالعتقِ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بيِّنةً [2] جُعِلَ ميراثُه بينهما؛ لأنّهما استَوَيا في سبب الاستِحْقاقِ وهو الدّعوى والحجّةُ فيَسْتويانِ في الاستِحْقاقِ، ولو وقّتا وقتًا فالسّابقُ وقتًا أولى؛ لأنّه أثْبَتَ العتقَ في وقتٍ لا يُنازِعُه فيه صاحِبُه وكان الثّاني مُسْتَحِقًّا عليه، ولو كان هذا في ولاءِ الموالاةِ كان صاحِبُ الوقتِ الآخَرِ أولى؛ لأنّ ولاءَ الموالاةِ يحتملُ النّقْضَ والفسخَ، فكان عقدُ الثّاني نَقْضًا للأوّلِ إلاّ أنْ يَشْهَدَ شُهودُ صاحِب الوقتِ الأوّلِ أنّه كان قد عَقَلَ عنه؛ لأنّه حينئِذٍ لا يحتملُ النّقْضَ فأشبَهَ ولاءَ العتاقةِ، وإنْ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «البينة».

أقامَ رجلٌ البيِّنةَ أنّه أعتَقَه وهو يملِكُه لا يعلَمونَ له وارِثًا سِواه [(١)]، فقضَى له القاضي بميراثِه ووَلائه، ثُمّ أقامَ آخَرُ البيِّنةَ على مثلِ ذلك لم يُقبل، إلاّ أنْ يَشْهَدوا أنّه اشترى من الأوّلِ قبل أنْ يُعْتِقَه ثُمّ أعتَقَه وهو يملِكُه، فيَبْطُلُ قضاءُ الأوّلِ؛ لأنّ الأصلَ أنّ القاضيَ إذا قضَى بقضيّةٍ فإنّه لا يَسْمَعُ ما يُنافيها إلاّ إذا تَبيّنَ أنّ القضاءَ الأوّلَ كان باطِلاً، وإذا لم يَشْهَدوا أنّه اشتَراه من الأوّلِ قبل أنْ يُعْتِقَه، (ثُمّ يتبيّنَ) [(٢)] بُطْلانُ القضاءِ الأوّلِ، فلا تُقْبَلُ البيِّنةُ من الثّاني إلاّ إذا قامَتْ على الشّراءِ من الأوّلِ قبل أنْ يُعْتِقَه فيُقْبَلُ، ويقضي للثّاني ويَبْطُلُ قضاؤُه للأوّلِ؛ لأنه تَبيّنَ بهذه الشّهادةِ أنّ الأوّلَ أعتَقَ ما لا يملِكُ فتبيّنَ أنّه وقَعَ باطِلاً وصَحّ الثّاني.

وأمّا الإقرارُ: فنحوُ أنْ يُقِرّ رجلٌ أنّه [مولًى لفُلانٍ] [(٣)]، مولى عَتاقةٍ من فوْق أو تحت، وصَدّقَه الآخَرُ، وهو مولاه يَرِثُه ويعقِلُ عنه قَوْمُه؛ لأنّ الولاءَ سببٌ يُتَوارَثُ به فيصحُّ الإقرارُ به كالنّسَب والنّكاحِ، فإنْ كان له أولادٌ كِبارٌ فأنْكَروا ذلك وقالوا: أبونا مولى العتاقةِ لفُلانٍ آخَرَ، فالأبُ مُصَدّقٌ على نَفَسِه، وأولادُه مُصَدّقونَ على أنْفُسِهم؛ لأنّه لا وِلايةَ للأب على الأولادِ الكِبارِ، فلا يَنْفُذُ إقرارُه عليهم، ويصحُّ إقرارُهم على أنْفُسِهم؛ لأنّ لهم وِلايةً على أنْفُسِهم وإنْ كان الأولادُ صِغارًا كان الأبُ مُصَدّقًا [عليهم]؛ لأنّه له وِلايةٌ على أولادِه الصّغارِ.

ألا تَرَى أنّه لو عَقَدَ مع إنسانٍ عقدَ الولاءِ تَبعَه أولادُه الصّغارُ؟ وإنْ كذّبَتْه الأُمُّ ونَفَتْ ولاءَه لم يُلْتَفَتْ إلى قولِها، ويُؤْخَذُ بقولِ الأب؛ لأنّ الأبَ إذا كان حَيًّا كانتِ الوِلايةُ له، والولاءُ يُشْبه النّسب، والنّسَبُ إلى الآباءِ.

وكذلك إنْ قالت: هم ولدي من غيرِك، لم تُصَدّقْ؛ لأنّهم في يَدِ الأب دونَ الأُمِّ، فلا تُصَدّقُ الأُمُّ أنّهم لغيرِه. فإنْ قالت: ولدْته بعدَ عِتْقي بخمسةِ أشهرٍ فهو مولى الموالي، وقال الزّوجُ: ولدْتيه بعدَ عِتْقِك بسِتّةِ أشهرٍ. فالقولُ قولُ الزّوجِ؛ لأنّ الولدَ ظَهَرَ في حالٍ يكونُ ولاؤُه لمولى الأب، والمرأةُ تَدّعي أنّها ولدَتْ في حالٍ يكونُ ولاؤُه لمولى [٢/٢١٧أ] الأُمّ فكان الحالُ شاهدًا للزّوجِ، فلا يُقْبَلُ قولُها إلاّ ببيِّنةٍ، ونَظيرُ هذا الزّوجُ

---

(١) في المخطوط: «غيره».
(٢) في المخطوط: «لم يتبين».
(٣) ليست في المخطوط.

والمرأةُ، إذا اختَلَفا فقال أحدُهما: كان النِّكاحُ قبل سِتّةِ أشهرٍ والولدُ من الزّوجِ، وقال الآخَرُ: كان النِّكاحُ مُنْذُ أربعةِ أشهرٍ. فالقولُ قولُ الذي يَدّعي أنّ النِّكاحَ قبل سِتّةِ أشهرٍ؛ لأنّ الولدَ ظَهَرَ في حالِ إثباتِ [1] النَّسَب من الزّوجِ، وهو حالُ قيامِ النِّكاحِ، ويصحُّ الإقرارُ بوَلاءِ العتاقةِ في الصِّحّةِ والمرَضِ؛ لأنّه سببُ التّوارُثِ فيَسْتَوي فيه الصِّحّةُ والمرَضُ، كالنَّسَب والنِّكاحِ، ولو قال: أعتَقَني فُلانٌ أو فُلانٌ وادّعاه كُلُّ واحدٍ منهما على صاحِبه فهذا الإقرارُ باطِلٌ؛ لأنّه إقرارٌ بمجهولٍ، فإنْ أقرّ بعدَ ذلك لأحدِهما أو لغيرِه [2] أنّه مولاه جاز؛ لأنّ إقرارَه الأوّلَ وقَعَ باطِلاً لجَهالةِ المُقَرِّ له، والولاءُ لا يَثْبُتُ من المجهولِ كالنَّسَب، فبَطَلَ والتَحقَ بالعدَمِ فبعدَ ذلك له أنْ يُقِرّ لمَنْ شاء واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

فصل [في ولاء الموالاة]

أمّا ولاءُ الموالاةِ فالكلامُ فيه في مواضِعَ:

في بيانِ ثُبوتِه شرعًا، وفي بيانِ سبب الثُّبوتِ وفي بيانِ شرائطِ الثُّبوتِ، وفي بيانِ صِفةِ السَّبَب، وفي بيانِ حُكمِه وفي بيانِ صِفةِ الحُكمِ، وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به.

أمّا الأوّل: فقد اختُلِفَ في ثُبوتِ هذا الولاءِ. قال أصحابُنا: إنّه ثابتٌ ويقعُ به التّوارُثُ، وهو قولُ عُمَرَ وعَليّ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنهم، وهو قولُ إبْراهيمَ النَّخَعيّ [3]، وقال زيدُ بنُ ثابتٍ رضي الله عنه: إنّه يورَثُ به ويوضَعُ في بيتِ المالِ، وبه أخذ مالِكٌ [4] والشّافعيُّ [5].

---

(١) في المخطوط: «بيان». (٢) في المخطوط: «لغيرهما».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٥/ ١٧٨-١٧٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ١١٦)، فتح القدير (٩/ ٢١٩)، درر الحكام (٢/ ٣٦)، البحر الرائق (٨/ ٥٥٧).

(٤) في بيان مذهب المالكية: يقول سحنون: قلت: أرأيت اللقيط أيكون ولاؤه لمن التقطه؟ قال: قال مالك: يكون ولاؤه للمسلمين كُلِّهم ولا يكون لمن التقطه، انظر المدونة (٢/ ٥٧٧)، الخرشي (٨/ ١٦٢)، منح الجليل (٩/ ٤٩٤)، حاشية الدسوقي (٤/ ٤١٥)، بلغة السالك (٤/ ٥٧٢).

(٥) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشيرازي: «ولا يثبت الولاء لغير المعتق فإن أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطًا لم يثبت له عليه الولاء لحديث عائشة رضي الله عنها: «فإنما الولاء لمن أعتق». وإنما هو في اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفي ما عداه فَدلّ على إثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه؛ ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق، وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به. انظر: المهذب (٢/ ٢١)، الأم (٤/ ١٣٦)، أسنى المطالب (٤/ ٤٥٩)، تحفة الحبيب (٤/ ٤٦٢).

وجه قولهما: إنّ في عقدِ الولاءِ إبْطالَ حقٍّ جَماعةِ المسلمينَ؛ لأنّه إذا لم يكنْ للعاقِدِ وارِثٌ كان ورَثَتُه جَماعةَ المسلمينَ ألا تَرَى أنّهم يعقِلونَ عنه فقاموا مقامَ الورَثةِ المُعَيّنينَ، وكَما لا يقدِرُ على إبْطال حقِّهم لا يقدِرُ على إبْطال حقّ مَنْ قامَ مقامَهم، ولهذا قالا: إذا أوصَى بجميعِ مالِه لإنسانٍ، ولا وارِثَ له لم يصحّ؛ لأنّه إذا لم يكنْ له وارِثٌ مُعَيّنٌ كان وارِثُه جَماعةَ المسلمينَ، فلا يملِكُ إبْطالَ حقِّهم، فكان [(١)] هذا.

والصّحيحُ: قولُنا بالكِتاب والسّنةِ والمعقولِ.

أمّا الكِتابُ الكريمُ: فقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] والمُرادُ من النّصيب الميراثُ؛ لأنّه - سبحانه وتعالى - أضافَ النّصيبَ إليهم، فيَدُلُّ على قيام حقٍّ لهم مُقَدّرٍ في التّركةِ وهو الميراثُ؛ لأنّ هذا معطوفٌ على قولِه: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٣٣] لكنْ عندَ عَدَمِ ذَوي الأرحامِ عَرَفْناه بقولِه عَزّ وجَلّ في سورة الأنفال: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

وأمّا السُّنّةُ: فما رُوِيَ عن تَميمِ الدّاريِّ رضي الله عنه أنّه قال: سَألتُ رسول اللّه ﷺ عَمّنْ أسلَمَ على يَدَيْ رجلٍ، ووالاه فقال ﷺ: «هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ» [(٢)] أي حالَ حَياتِه وحالَ موتِه، أرادَ به ﷺ محياه في العقلِ ومَماته في الميراثِ.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ بيتَ المالِ إنّما يَرِثُ بوَلاءِ الإيمانِ فقَطْ؛ لأنّه بيتُ مالِ المُؤْمِنينَ قال اللّه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وللمولى هذا الولاءُ (ووَلاءٌ آخر بالمعاقدة) [(٣)]، فكان أولى من عامّةِ المُؤْمِنينَ.

---

(١) في المطبوع: «كذا».

(٢) رواه البخاري معلقًا في كتاب الفرائض، باب: إذا أسلم على يديه، ووصله أبو داود، كتاب الفرائض، باب: في الرجل يسلم على يدي الرجل، حديث (٢٩١٨)، والترمذي، حديث (٢١١٢)، وابن ماجه، حديث (٢٧٥٢)، والدارقطني (٤/ ١٨١)، حديث (٣١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٣٩)، حديث (٢٨٦٩)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٩٦)، حديث (٢١٢٤٤)، وأبو يعلى في مسنده (١٣/ ١٠٢، ١٠٣)، حديث (٧١٦٥)، والطبراني في الكبير (٢/ ٥٦)، حديث (١٢٧٢)، عن تميم الداري رضي الله عنه. وقال الألباني: حسن صحيح. وانظر صحيح أبي داود.

(٣) في المخطوط: «والآخر بالمعاقدة».

ألا تَرَى أنّ مولى العتاقةِ أولى من بيتِ المالِ للتّساوي في ولاءِ الإيمانِ؟ والتّرْجيحُ لوَلاءِ العتقِ كذا هذا، إلاّ أنّ مولى الموالاةِ يتأخّرُ عن سائر الأقارِب، ومولى العتاقةِ يتقدّمُ على ذَوي الأرحام؛ لأنّ الولاءَ بالرّحِمِ فوْقَ الولاءِ بالعقدِ . فيُخلّفُ عن ذَوي الأرحامِ، ووَلاءُ العتاقةِ بما تَقَدّمَ من النِّعْمةِ بالإعتاقِ الذي هو إحياءُ وإيلادُ معنًى أُلْحِقَ بالتّعْصيب من حيثُ المعنى، ولِذلك قال ﷺ: «الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» .

وأمّا قولُهما: إنّ جَماعةَ المسلمينَ ورَثَتُه فلا يقدِرُ على إبْطال حقِّهم بالعقدِ . فنَقولُ: إنّما يصيرونَ ورَثَتَه إذا مات قبل المُعاقَدةِ فأمّا بعدَ المُعاقَدةِ فلا، والدّليلُ على بُطْلانِ هذا الكلامِ أنّه تَصحُّ وصيّتُه بالثُّلُثِ، ولو كان كذلك لَما صَحّتْ لكَوْنِها وصيّةً للوارِثِ .

وأمّا سببُ ثُبوتِه: فالعقدُ وهو الإيجابُ والقبولُ، وهو أنْ يقول الذي أسلَمَ على يَدِ إنسانٍ له أو لغيرِه: أنتَ مولايَ تَرِثُني إذا مِتّ وتعقِلُ عَنّي إذا جَنَيْت فيقول: قَبلْت [أو يقول له: وليتُكَ، فيقول قبلتُ] [(١)]، سَواءٌ قال [(٢)] ذلك للّذي أسلَمَ على يَدَيْه أو لآخَرَ بعدَ أنْ ذَكَرَ الإرثَ والعقلَ في العقدِ .

ولو أسلَمَ على يَدِ رجلٍ ولم يوالِه ووالى غيرَه فهو مولًى للّذي والاه عندَ عامّةِ العلماءِ، وعندَ عَطاءٍ هو مولًى للّذي أسلَمَ على يَدِه والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] جعل الولاءَ للعاقِدِ، وكذا لم يُنْقَلْ أنّ الصّحابةَ أثْبَتوا الولاءَ بنفسِ الإسلامِ، وكُلُّ [(٣)] النّاسِ [٢/ ٢١٨أ] كانوا يُسْلِمونَ على عهدِ رسولِ اللّه ﷺ والصّحابةِ والتّابعينَ، وكان لا يقولُ أحدٌ لمَنْ أسلَمَ على يَدِ أحدٍ: إنّه ليس له أنْ يوالي غيرَ الذي أسلَمَ على يَدِه، فثَبَتَ أنّ نفسَ الإسلام على يَدِ رجلٍ ليس سببًا لثُبوتِ الولاءِ له، بَلِ السّبَبُ هو العقدُ فما لم يوجدْ لا يَثْبُتُ الإرثُ والعقلُ .

وأمّا شرائطُ العقدِ: فمنها عقلُ العاقِدِ، إذْ لا صحّةَ للإيجاب والقبولِ بدونِ العقلِ، وأمّا البُلوغُ فهو شرطُ الانعِقادِ في جانِبِ الإيجاب، فلا يَنْعَقِدُ الإيجابُ من الصّبيِّ وإنْ كان عاقِلاً، حتّى لو أسلَمَ الصّبيُّ العاقِلُ على يَدِ رجلٍ والاه لم يَجز، وإنْ أذِنَ أبوه الكافرُ بذلك؛ لأنّ هذا عقدٌ وعُقودُ الصّبيِّ العاقِلِ إنّما تَقِفُ [(٤)] على إذنِ وليِّه، ولا وِلايةَ للأب

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فإن».
(٣) في المخطوط: «وكذا».
(٤) في المطبوع: «يقف».

الكافرِ على ولدِه المسلمِ، فكان إذنُه والعدَمُ بمنزلةٍ واحدةٍ، ولهذا لا تجوزُ سائرُ عُقودِه بإذنِه كالبيعِ ونحوِه، كذا عقدُ الموالاةِ. وأمّا من جانِبِ القبولِ فهو شرطُ النّفاذِ حتّى لو والى بالِغٌ صَبيًّا فقبَلَ الصّبيُّ يَنْعَقِدُ موقوفًا على إجازةِ أبيه أو وصيِّه، فإنْ أجاز جاز؛ لأنّ هذا نوعُ عقدٍ فكان قَبولُ الصّبيِّ فيه بمنزلةِ قَبولِه في سائرِ العُقودِ، فيجوزُ بإذنِ وليِّه ووَصيِّه كسائرِ العُقودِ، وللأب والوصيِّ أنْ يقبَلا عنه كما في البيعِ ونحوِه.

وكذلك لو والى رجلٌ عبدًا فقَبلَ العبدُ وقَفَ على إجازةِ المولى، فإذا أجاز جاز، إلاّ أنّ في العبدِ [١] إذا أجاز المولى فالولاءُ من المولى، وفي الصّبيِّ إذا أجاز الأبُ والوصيُّ فيكونُ الولاءُ من الصّبيِّ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ العبدَ لا يملِكُ شيئًا فوَقَعَ قَبولُه لمولاه.

ألا تَرَى أنّه لو اشترى شيئًا كان المُشْتَرَى لمولاه؟ فأمّا الصّبيُّ فهو من أهلِ الملكِ، ألا تَرَى أنّه لو اشترى شيئًا كان المُشْتَرَى له؟ ولو والى رجلٌ مُكاتَبًا جاز وكان مولًى لمولى المُكاتَبِ؛ لأنّ قَبول المُكاتَب صَحيحٌ ألا تَرَى أنّه يملِكُ الشّراءَ فجاز قَبولُه إلاّ أنّ الولاءَ يكونُ للمولى لأنّ المُكاتَبَ ليس من أهلِ الولاءِ.

ألا تَرَى أنّه لو كاتَبَ عبدًا فأدّى وعَتَقَ، كان الولاءُ للمولى بخلافِ الصّبيِّ فإنّه من أهلِ الولاءِ، ألا تَرَى أنّ الأبَ لو كاتَبَ عبدَ ابنِه الصّغيرِ فأدّى، فعَتَقَ، ثَبَتَ [٢] الولاءُ من الابنِ.

وأمّا الإسلامُ فليس بشرطٍ لصحّةِ هذا العقدِ، فيصحُّ فتجوزُ موالاةُ الذِّمّيِّ الذِّمّيّ، والذِّمّيِّ المسلمَ، والمسلمِ الذِّمّيّ؛ لأنّ الموالاةَ بمنزلةِ الوصيّةِ بالمالِ، ولو أوصَى ذِمّيٌّ لذِمّيٍّ أو لمسلمٍ، أو مسلمٌ لذِمّيٍّ بالمالِ جازَتِ الوصيّةُ، كذا الموالاةُ، وكذا الذِّمّيُّ إذا والى ذِمّيًّا، ثُمّ أَسلَمَ الأسفَلُ جاز لما قُلْنا.

وكذا الذُّكورةُ ليستْ بشرطٍ، فتجوزُ موالاةُ الرّجُلِ امرأةً، والمرأةِ رجلًا، وكذا دارُ الإسلامِ، حتّى لو أسلَمَ حَرْبيٌّ فوالى مسلمًا في دارِ الإسلامِ أو في دارِ الحرْبِ [فهو مولاه] [٣]؛ لأنّ الموالاةَ عقدٌ من العُقودِ فلا يختلِفُ بالذُّكورةِ والأُنوثةِ وبدارِ الإسلامِ وبدارِ الحرْبِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «العقد».
(٢) في المخطوط: «فيكون».
(٣) ليست في المخطوط.

وَمنها: أنْ لا يكونَ للعاقِدِ وارِثٌ وهو أنْ لا يكونَ له مَنْ أقارِبه من يَرِثُه فإنْ كان لم يصحّ العقدُ؛ لأنّ القرابةَ أقوَى من العقدِ ولِقولِه - عَزّ وجَلّ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وإنْ كان له زوجٌ أو زوجةٌ يصحُّ العقدُ وتُعْطَى نصيبُها والباقي للمولى.

وَمنها: أنْ لا يكونَ من العرَب حتّى لو والى عَرَبيٌّ رجلاً من غيرِ قَبيلَتِه لم يكنْ مولاه ولكنْ يُنْسَبُ إلى عَشيرَتِه وهم يعقِلونَ عنه؛ لأنّ جَوازَ الموالاةِ للتّناصُرِ، والعرَبُ يتناصَرونَ بالقبائلِ، وإنّما تجوزُ موالاةُ العجَمِ؛ لأنّهم ليس لهم قَبيلةٌ فيتناصَرونَ بها، فتجوزُ موالاتُهم لأجلِ التّناصُرِ.

وأمّا الذي هو من العرَب فلَه قَبيلةٌ يَنْصُرونَه، والنُّصْرةُ بالقبيلةِ أقوَى فلا يصيرُ مولًى، ولهذا لم يَثْبُتْ عليه ولاءُ العتاقةِ وكذا ولاءُ الموالاةِ، ولأنّه لَمّا لم يَثْبُتْ عليه ولاءُ العتاقةِ مع أنّه أقوَى فوَلاءُ الموالاةِ أولى، وكذا لو والَتِ امرأةٌ من العرَب رجلاً من غيرِ قَبيلَتِها لما بيّنّا.

وَمنها: أنْ لا يكونَ من موالي العرَب؛ لأنّ مولاهم منهم؛ لقولِه ﷺ: «إنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنهُمْ»[١].

وَمنها: أنْ لا يكونَ مُعْتَقَ أحدٍ فإنْ كان، لا يصحُّ منه عقدُ الموالاةِ؛ لأنّ ولاءَ العتاقةِ أقوَى من ولاءِ الموالاةِ؛ لأنّه لا يَلْحقُه الفسخُ، ووَلاءُ الموالاةِ يَلْحقُه الفسخُ فلا يجوزُ رَفْعُ الأقوَى بالأضْعَفِ.

وَمنها: أنْ لا يكونَ قد عَقَلَ (عنه بيتُ المالِ؛ لأنّه لَمّا عَقَلَ عنه بيتُ المالِ فقد صار ولاؤُه لجَماعةِ المسلمينَ، فلا يجوزُ تَحْويلُه إلى واحدٍ منهم بعَيْنِه)[٢]، فإنْ كان قد عَقَلَ عنه لم يَجز أبَدًا؛ لأنّه سَواءٌ كان عاقَدَ غيرَه فعَقَلَ عنه أو عَقَلَ عنه بيتُ المالِ حتّى لو مات، فإنّ[٣] ميراثَه لمَنْ عاقَدَه أوّلاً فعَقَلَ عنه أو لبيتِ المالِ؛ لأنّه لَمّا عاقَدَ [غيرَه][٤]

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الفرائض، باب: مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم، برقم (٦٧٦١)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٢) بدله في المخطوط: «عن الذي يواليه».
(٣) في المخطوط: «كان».
(٤) ليست في المخطوط.

فعَقَلَ عنه، فقد تَأكّدَ عقدُه ولزِمَ وخرج عن احتمالِ النّقْضِ والفسخِ لما يُذْكَرُ فلا يصحُّ [٢/ ٢١٨أ] مُعاقَدَتُه غيرَه .

وكذا إذا عَقَلَ (عن الذي يواليه) [١]، وإنْ كان عاقَدَ غيرَه ولم يعقِلْ عنه جاز عقدُه مع آخَرَ؛ لأنّ مُجَرّدَ العقدِ بدونِ العقلِ غيرُ لازِمٍ فكان إقدامُه على الثّاني فسْخًا للأوّلِ .

وَأمّا صِفةُ العقدِ فهو أنّه عقدٌ جائزٌ غيرُ لازِمٍ حتّى لو والى رجلاً كان له أنْ يتحَوّلَ عنه بوَلائه إلى غيرِه؛ لأنّه عقدٌ لا يملِكُ به شيئًا فلم يكنْ لازِمًا كالوكالةِ والشّرِكةِ؛ لأنّه بمنزلةِ الوصيّةِ بالمالِ، والوصيّةُ غيرُ لازِمةٍ، فكذا عقدُ الموالاةِ، إلاّ إذا عَقَلَ عنه [لأنّه إذا عَقَلَ عنه] [٢] فقد تَأكّدَ العقلُ بقضاءِ القاضي وفي التّحَوُّلِ به إلى غيرِه فسْخُ قضائه فلا يملِكُ فسْخَ القضاءِ، وكذا له أنْ يَفْسَخَه صَريحًا قبل أنْ يعقِلَ عنه؛ لأنّ كُلّ عقدٍ غيرِ لازِمٍ لكُلِّ واحدٍ من العاقِدَيْنِ فسْخُه، كسائرِ العُقودِ التي هي غيرُ لازِمةٍ، ولأنّ كُلّ عقدٍ يجوزُ لأحدِ العاقِدَيْنِ فسْخُه يجوزُ للآخَرِ، كسائرِ العُقودِ القابلةِ للفسخِ . وها هُنا يجوزُ لأحدِ العاقِدَيْنِ فسْخُه وهو القابلُ، فكذا الآخَرُ إلاّ أنّه ليس له أنْ يَفْسَخَه إلاّ بحَضْرةِ الآخَرِ أي بعلمِه؛ لأنّه تَعَلّقَ به حقُّ الآخَرِ، فلا يملِكُ انتقاصه [٣] مقصورًا من غيرِ علمِه [٤] كعَزْلِ الوكيلِ مقصورًا من غيرِ علمِه [٥]، إلاّ أنْ يوالي الأسفَلُ آخَرَ فيكونُ ذلك نَقْضًا دَلالةً، وإنْ لم يَحْضُرْ صاحِبُه أو انتِقاضًا ضَرورةً؛ لأنّه لا يملِكُ موالاةَ غيرِه إلاّ بانفِساخِ الأوّلِ، فيَنْفَسِخُ الأوّلُ دَلالةً و [٦] ضَرورةً، وقد يَثْبُتُ الشّيءُ دَلالةً أو ضَرورةً، وإنْ كان لا يَثْبُتُ قَصْدًا كمَنْ وكّلَ رجلاً ببيعِ عبدِه ثُمّ عَزَلَه، والوكيلُ غائبٌ لم يعلم به لم يصحّ عَزْلُه، ولو باعَ العبدَ أو أعتَقَه انعزَلَ الوكيلُ عَلِمَ أو لم يعلم كذا هذا واللّه الموَفِّقُ .

وَأمّا حُكمُ العقدِ، فالعقلُ في حالِ الحياةِ، والإرثُ بعدَ الموتِ وهو أنّ المولى الأعلى يعقِلُ عنه في حالِ حَياتِه، ويَرِثُه بعدَ موتِه فيَرِثُ الأعلى من الأسفَلِ عندَنا لما ذَكَرْنا من الدّلائلِ، فيما تَقَدّمَ ويَرِثُ الأسفَلُ من الأعلى أيضًا إذا شرَطا ذلك في المُعاقَدةِ، بخلافِ

(١) بدله في المخطوط: «عنه بيت المال لأنه لما عقل عنه بيت المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فى يملك تحويله إلى واحد منهم بعينه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «انتقاضه».
(٤) في المخطوط: «علم».
(٥) في المخطوط: «علم».
(٦) في المخطوط: «أو».

ولاءِ العتاقةِ أنّ هناك يَرِثُ الأعلى من الأسفَلِ ولا يَرِثُ الأسفَلُ من الأعلى؛ لأنّ سببَ الإرثِ هناك وُجِدَ من الأعلى لا من الأسفَلِ وهو العتقُ. والسّبَبُ ههنا العقدُ وقد شُرِطَ فيه التّوارُثُ من الجانِبينِ، فيُعْتَبَرُ ذلك؛ لقولِه ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1] وكَما يَثْبُتُ حُكمُ الولاءِ في الرِّجالِ يَثْبُتُ في أولادِهم الصِّغارِ تبَعًا لهم، حتّى لو والى إنسانًا وله أولادٌ صِغارٌ صاروا [موالي][2] للّذي والاه الأبُ.

وكذا إذا والى إنسانًا ثُمّ وُلِدَ له أولادٌ دخلوا في ولاءِ الأب بطريقِ التّبَعيّةِ، ولأنّ للأب وِلايةٌ على ولدِه الصّغيرِ فيَنْفُذُ عَقدُه عليه، ولا يصيرُ أولادُه الكِبارُ موالي بموالاةِ الأب لانقِطاعِ التّبَعيّةِ والوِلايةِ بالبُلوغِ، حتّى لو والى الأبُ إنسانًا وله ابنٌ كبيرٌ فوالى رجلاً آخَرَ فوَلاؤُه له لا لمولى أبيه، ولو كبرَ بعضُ أولادِه الصِّغارِ، فأرادَ التّحَوُّلَ عنه إلى غيرِه، فإنْ كان المولى قد عَقَلَ عنه أو عن أبيه أو عن أحدٍ مِنْ إخوَتِه لم يكنْ له أنْ يتحَوّلَ، وإنْ[3] لم يكنْ عَقَلَ عن أحدٍ منهم كان له ذلك.

أمّا جَوازُ التّحَوُّلِ عندَ عَدَمِ العقلِ، فلأنّه لو كان كبيرًا وقتَ عقدِ الأب لَجاز له التّحَوُّلُ، وكذا إذا كبرَ في العقدِ؛ لأنّ المانِعَ من السِّرايةِ في الحالَيْنِ واحدٌ وهو عَدَمُ التّبَعيّةِ والوِلايةِ.

وأمّا عَدَمُ الجوازِ عندَ العقلِ فلِما ذَكَرْنا من اتِّصالِ قضاءِ القاضي به وفي التّحَوُّلِ فسْخُه وهذا لا يجوزُ فيَلْزم ضَرورةً، ولو عاقَدَتِ امرأةٌ عقدَ الولاءِ ولها أولادٌ صِغارٌ لا يصيرونَ موالي للّذي والَتْه أُمُّهم ولا تُشْبه الأمُّ في هذا الباب الأبَ؛ لأنّه ليس للمرأةِ وِلايةٌ على أولادِها الصِّغارِ.

ألا تَرَى أنّها لا تَشْتَري لهم ولا تَبيعُ عليهم وللأب أنْ يفعلَ ذلك؟، وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ الخلافَ في المسألةِ فقال: يَثْبُتُ حُكمُ ولائها في أولادِها الصِّغارِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا يَثْبُتُ.

ولو والى رجلٌ رجلاً، ثُمّ وُلِدَ من امرأةٍ قد والَتْ رجلاً فوَلاءُ الولدِ لمولى الأب؛ لأنّه اجتَمع ولاءانِ؛ ولاءُ الأب ووَلاءُ الأمِّ فتَرَجّحَ جانِبُ الأب؛ لأنّ للأب وِلايةَ عليهم ولا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فإن».

وِلايةَ للأمِّ.

ألا تَرَى أنّ للأب أنْ يعقِدَ على ولدِه عقدَ البيعِ والنِّكاحِ وليس للأمِّ ذلك؟ فكذا عقدُ الولاءِ وكذا لو والَتْ وهي حُبْلى ولا يُشْبه هذا ولاءَ العتاقةِ؛ لأنّ في ولاءِ العتاقةِ إذا أعتقَها وهي حُبْلى يَثْبُتُ الولاءُ بالعتقِ، والعتقُ يَثْبُتُ في الولدِ كما (١) يَثْبُتُ في الأمِّ، فكان للوَلَدِ ولاءُ نَفَسِه لكَوْنِه أصلاً في العتقِ. فأمّا ولاءُ الموالاةِ فبالعقدِ، وعقدُها لا يجوزُ على ما في بَطْنِها [٢/ ٢١٩أ] فلم يصِرِ الولدُ أصلاً في الولاءِ فكان تَبَعًا للأب في الولاءِ كما في المسألةِ الأولى.

وكذلك لو كان لهما أولادٌ صِغارٌ فوالَتِ الأمُّ إنسانًا ثُمّ والى الأبُ آخَرَ فوَلاءُ الأولادِ لموالي الأب لما قُلْنا.

ذِمّيّةٌ أسلَمَتْ فوالَتْ رجلاً ولها ولدٌ صَغيرٌ من ذِمّيٍّ لم يكنْ ولاءُ ولدِها لمولاها في قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ، وفي قياسِ قولِ أبي حنيفةَ يكونُ ولاءُ ولدِها لمولاها بمنزلةِ العتاقةِ.

وجه قولهما: أنّ الأمَّ لا وِلايةَ لها على الولدِ بدَليلِ أنّه لا يجوزُ لها أنْ تعقِدَ على ولدِها عقدَ البيعِ والنِّكاحِ، فكذلك عقدُ الولاءِ.

ولأبي حنيفة: أنّ الذِّمّيّ لا وِلايةَ له على ولدِه المسلم فتَعَذّرَ إثباتُ الولاءِ من الأب، والولاءُ إذا تَعَذّرَ إثباتُه من جِهةِ الأب يَثْبُتُ من جِهةِ الأمِّ، كما إذا كان الأبُ عبدًا وكَما في ولاءِ العتاقةِ إذا كان الأبُ عبدًا.

ولو قَدِمَ حَرْبيٌّ إلَيْنا بأمانٍ فأسلَمَ ووالى رجلاً ثُمّ سُبيَ ابنُه فأُعْتِقَ لم يَجز ولاءُ الأب، وإنْ سُبيَ أبوه فأُعْتِقَ جَرّ ولاءَ ابنِه إلى مولاه؛ لأنّ الابنَ يَتْبَعُ الأبَ في الولاءِ لما ذَكَرْنا فأمّا الأبُ فلا يَتْبَعُ الابنَ؛ لأنّه لا يُنْسَبُ إليه وإنّما يُنْسَبُ الابنُ إلى أبيه فإنْ كان ابنُ الابنِ أسلَمَ ووالى رجلاً لم يَجُرّ الجدُّ ولاءَه، وذَكَرَ في الأصلِ وقال لأنّ الجدّ لا يَجُرُّ الولاءَ إلاّ أنْ يَجُرّ ولاءَ ابنِه فيَجُرُّ بجَرِّه ولاءَ ابنِه ولاءَه، وقال الحاكِمُ الشّهيدُ: وجه هذه المسألةِ أنْ يكونَ الأسفَلُ مواليًا، والأوسَطُ حَرْبيًّا والجدُّ مُعْتِقًا فلا يَجُرُّ ولاءَ الأسفَلِ إلاّ أنْ يُسْلِمَ الأوسَطُ ويوالي، فيَجُرُّ الجدُّ ولاءَه ووَلاءَ الأسفَلِ بجَرِّ ولائه.

---

(١) في المخطوط: «فكانت».

ولو أسلَمَ حَرْبيٌّ أو ذِمّيٌّ على يَدَيْ رجلٍ ووالاه ثُمّ أسلَمَ ابنُه الكبيرُ على يَدَيْ رجلٍ آخَرَ ووالاه، كان كُلُّ واحدٍ منهما مولى للّذي والاه ولا يُجَرُّ بعضُهم إلى بعضٍ، وليس هذا كالعتاقِ أنّه إذا أُعْتِقَ أبوه جَرّ ولاءَ الولدِ إلى نفسِه؛ لأنّ ههنا ولاءَ كُلِّ واحدٍ منهما ثَبَتَ بالعقدِ، وعقدُ كُلِّ واحدٍ منهما يجوزُ على نفسِه، ولا يجوزُ على غيرِه، وهناك ولاءُ الولدِ ثَبَتَ بالعقدِ ووَلاءُ الأب ثَبَتَ بالعتقِ ووَلاءُ العتقِ أقوَى من ولاءِ الموالاةِ فيَسْتَتْبِعُ الأقوَى الأضْعَفَ، وههنا بخلافِه؛ لأنّ ولاءَ كُلِّ واحدٍ منهما ليس أقوَى من ولاءِ صاحِبه لثُبوتِ كُلِّ واحدٍ منهما بالعقدِ، فهو الفرقُ .

فَصْلٌ [في صفة الحكم]

وأمّا صِفةُ الحُكمِ : فهو أنّ الولاءَ الثّابتَ بهذا العقدِ لا يحتملُ التّمْليكَ بالبيعِ والهِبةِ والصّدَقةِ والوصيّةِ؛ لأنّه ليس بمالٍ فلا يكونُ مَحَلاًّ للبيعِ كالنّسَب ووَلاءِ العتاقةِ، ولِقولِه ﷺ : «الْوَلَاءُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ» حتّى لو باعَ رجلٌ ولاءَ موالاةٍ أو عَتاقةٍ بعبدٍ وقَبَضَه ثُمّ أعتَقَه، كان إعتاقُه باطِلاً؛ لأنّه قَبَضَه بغيرِ بَدَلٍ إذِ الولاءُ ليس بمالٍ فلم يملِكه فلم يصحّ إعتاقُه، كما لو اشترى عبدًا بمَيْتةٍ أو دَمٍ أو بحُرٍّ وقَبَضَه ثُمّ أعتَقَه .

ولو باعَ المولى الأسفَلُ ولاءَه من آخَرَ، أو وهَبَه لا يكونُ [ذلك] [١] بيعًا أيضًا ولا هِبةً لما قُلْنا لكنّه يكونُ نَقْضًا لوَلاءِ الأوّلِ وموالاةً لهذا الثّاني؛ لأنّ الولاءَ لا يُعْتاضُ منه فبَطَل العِوَضُ وبقيَ قولُه: الولاءُ لَك فيكونُ موالاةً بينه وبين الثّاني، كما لو سَلّمَ الشُّفْعةَ بمالٍ صَحّ التّسْليمُ لكنْ لا يجبُ المالُ.

فَصْلٌ [في بيان ما يظهر به]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به، فإنّه يَظْهَرُ بما ظَهَرَ به ولاءُ العتاقةِ وهو الشّهادةُ المُفَسَّرةُ، أو الإقرارُ سَواءٌ كان الإقرارُ في الصّحّةِ أو [في] [٢] المرَضِ؛ لأنّه غيرُ مُتّهَم في إقرارِه إذا لم يكنْ له وارِثٌ معلومٌ فيصحُّ إقرارُه كما تَصحُّ وصيّتُه بجميعِ مالِه إذا لم يكنْ له وارِثٌ معلومٌ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

ولو مات رجلٌ فأخذ رجلٌ مالَه وادّعَى أنّه وارِثُه وليس للقاضي أنْ يمْنَعَ منه إذا لم يُخاصِمْه أحدٌ؛ لأنّ القاضيَ لا يَدْري، ألِبيتِ المالِ أو لغيرِه، وهو يَدّعي أنّه له ولا مانِعَ عنه فلا يتعَرّضُ له، فإنْ خاصَمَه أحدٌ سَألَه القاضي البيِّنَةَ؛ لأنّه لا يَدَ له، وكان مُدّعيًا فعليه البيِّنةُ والله أعلم. تم كتاب الولاء.

* * *

كتاب الإجارة

كتاب الإجارةِ [1]

الكلامُ في هذا الكِتاب يقعُ في سَبْعَةِ مواضِعَ:

في بيانِ جَوازِ الإجارةِ، وفي بيانِ رُكنِ الإجارةِ، ومعناها، وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ، وفي بيانِ صِفةِ الإجارةِ، وفي بيانِ حُكمِ الإجارةِ، وفي بيانِ حُكمِ اختلافِ العاقِدَيْنِ في عقدِ الإجارةِ، وفي بيانِ ما يَنْتَهي به عقدُ الإجارةِ.

أمّا الأوّلُ: فالإجارةُ جائزةٌ عندَ عامّةِ العلماءِ [2].

وقال أبو بَكرٍ الأصَمُّ: إنّها لا تجوزُ، والقياسُ ما قاله؛ لأنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ والمنافِعُ للحالِ معدومةٌ، والمعدومُ لا يحتملُ البيعَ فلا يجوزُ إضافةُ البيعِ إلى ما يُؤْخَذُ في المُسْتقبَلِ كإضافةِ البيعِ إلى أعيانٍ تُؤْخَذُ في المُسْتقبَلِ فإذًا لا سبيلَ (إلى تَجْويزِها) [3] لا باعتِبارِ الحالِ، ولا باعتِبارِ المآلِ فلا جَوازَ لها رأسًا لكنّا استَحْسَنّا الجوازَ بالكِتاب العزيزِ، والسُّنّةِ، والإجماعِ.

أمّا [٢/ ٢١٩ب] الكِتابُ العزيزُ: فقولُه عَزّ وجَلّ خَبَرًا عن أبِ المرأتَيْنِ اللّتَيْنِ سَقى

---

(١) الإجَارَة في اللغة: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير وهي بكسر الهمزة، وهو المشهور. وحُكِيَ الضمُ بمعنى المأخوذ وهو عوض العمل، ونُقِلَ الفتحُ أيضا، فهي مثلثة، لكن نقل عن المبرد أنه يقال: أجر وآجر وإجارة. وعليه فتكون مصدرًا وهذا المعنى هو المناسب للمعنى الاصطلاحي.

وعرفها الفقهاء: بأنها عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض. ويخص المالكية غالبا لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ كراء، فقالوا: الإجارة والكراء شيء واحد في المعنى. انظر الموسوعة الفقهية (١/ ٢٥٢- ٢٥٣).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ١٢٦٧).

ومذهب الشافعية: أن الإجارة جائزة عند كافة أهل العلم، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص(٣٤٤).

ومذهب المالكية: أنه تجوز الإجارة والمعاوضة على المنافع كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾ [القصص :٢٦] ، انظر المعونة (٢/ ٧٨٩).

(٣) في المخطوط: «التجويزها».

لهما موسَى عليه الصلاة والسلام: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ أي على أنْ تكونَ أجيرًا لي أو على أنْ تَجْعَلَ عِوضي من إنْكاحي ابنَتي إيّاكَ رَعْيَ غَنَمي ثَماني حِجَجٍ، يُقالُ: آجَرَه اللّه تعالى [بأجره] (١) أي عوّضَه، وأثابَه.

وقولُه عَزّ وجَلّ خبَرًا عن تَينِكَ المرأتَيْنِ: ﴿قَالَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ﴾ [القصص:٢٦] وما قَصّ اللّه علينا من شرائعِ مَنْ قبلنا من غيرِ نَسْخٍ يصيرُ شريعةً لَنا مُبْتَدَأةً ويَلْزَمُنا على أنّه شريعَتُنا لا على أنّه شريعةُ مَنْ قبلنا لما عُرِفَ في أُصولِ الفقه.

وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة:١٠] والإجارةُ ابتِغاءُ الفضْلِ، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡۚ﴾ [البقرة:١٩٨].

وقد قِيلَ نزلتِ الآيةُ في حَجِّ المُكاري فإنّه رُوِيَ أنّ رجلًا جاءَ إلى ابنِ عُمَرَ رضي الله عنهما فقال: إنّا قَوْمٌ نُكرَى، ونَزْعُمُ أنْ ليس لَنا حَجٌّ فقال: ألَسْتُم تُحْرِمونَ، وتَقِفونَ، وتَرْمونَ؟ فقال: نَعَم، فقال رضي الله عنه: أنتُم حُجّاجٌ، ثُمّ قال: سَألَ رجلٌ رسول الله ﷺ عمّا سَألتني فلم يُجِبْه حتّى أنْزَلَ اللّه عَزّ وجَلّ: ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡۚ﴾ [البقرة:١٩٨] فقال رسولُ اللّه ﷺ: أنتُم حُجّاجٌ، وقولُه عَزّ وجَلّ في استِئْجارِ الظِّئْرِ: ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة:٢٣٣] نَفَى سبحانه وتعالى الجُناحَ عَمّنْ يَسْتَرْضِعُ ولدَه، والمُرادُ منه الاستِرْضاعُ بالأُجْرةِ، دَليلُه قوله تعالى: ﴿إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البقرة:٢٣٣] قِيلَ أي الأجرَ الذي قَبِلْتُم، وقولُه: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾ [الطلاق: ٦] وهذا نصٌّ وهو في المُطَلّقاتِ.

وأمّا السُّنّةُ: فما رَوَى محمّدٌ رحمه الله في الأصلِ عن أبي سَعيدٍ الخُدْرِيّ، وأبي هُرَيْرةَ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «لَا يَستَامُ (٢) الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَنكِحُ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) السوم: بالفتح مصدر سام الشيء واستامه: طلب ابتياعه. والسوم طلب الشراء.

عَلَى خِطْبَتِهِ، وَلَا تَنَاجَشُوا [(١)]، وَلَا تَبِيعُوا بِإِلْقَاءِ الْحَجَرِ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» [(٢)] وهذا منه ﷺ تَعليمُ شرطِ جَوازِ الإجارةِ وهو إعلامُ الأجرِ فيَدُلُّ [(٣)] على الجوازِ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أن يَجِفَّ عَرَقُهُ» [(٤)] أمر ﷺ بالمُبادَرةِ إلى إعطاءِ أجرِ الأجيرِ قبل فراغِه من العمَلِ من غيرِ فصلٍ، فيَدُلُّ على جَوازِ الإجارةِ.

وعن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «[يقول الله] [(٥)]: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ كُنْت خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ، وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ» [(٦)].

وعن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: استَأْجَرَ رسولُ اللّه ﷺ وأبو بَكرٍ رضي الله عنه رجلاً من بَني الدّيلِ هاديًا خِرّيتًا [(٧)]، وهو على دينِ كُفّارِ قُرَيْشٍ فدَفَعا إليه راحِلَتَيْهِما وواعَداه غارَ ثَوْرٍ بعدَ ثلاثٍ فأتاهما فارْتَحَلا، وانطَلَقَ معهما عامِرُ بنُ فُهَيْرةَ، والدّليلُ الدّيليُّ فأخذ بهم طريقَ السّاحِلِ [(٨)] وأدنى ما يُسْتَدَلُّ بفعلِ النّبيِّ ﷺ الجوازُ.

ورُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ مَرّ على رافِعِ بنِ خَديجٍ، وهو في حائطِه فأعجَبَه فقال: لِمَنْ هذا الحائطُ فقال: لي يا رسولَ اللّه استَأْجَرْته فقال رسولُ اللّه ﷺ: «لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ» [(٩)].

---

(١) النَّجش: أن يزيد في ثمن السلعة ولا يريد شراءها، ولكن ليُغَرِّر بغيره ويزيد في سعرها. انظر: معجم لغة الفقهاء ص (٤٧٥).

(٢) أخرجه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة ص (٨٩)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٢٠)، حديث (١١٤٣١)، من حديث أبي هريرة.

(٣) في المخطوط: «فدل».

(٤) صحيح: رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: أجر الأجراء، حديث (٢٤٤٣)، عن ابن عمر، ورواه البيهقي (٦/ ١٢٠)، حديث (١١٤٣٤)، عن أبي هريرة. ورواه الطبراني في الصغير (١/ ٤٣)، حديث (٣٤)، عن جابر رضي الله عنه. وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٥٩)، حديث (١٢٨٤)، ونصب الراية (٤/ ١٢٩)، وصحيح الجامع (١٠٥٥)، والمشكاة (٢٩٨٧)، وصحيح الترغيب (١٨٧٧).

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) الخِرِّيت: الماهر الذي يَهتدِي لأخرات المفازة وهي طُرُقها الخفية ومضايقها وقيل: إنه يهتدي لمثل خَرْت الإبرة من الطريق. انظر النهاية (٢/ ١٩).

(٨) رواه البخاري: كتاب الإجارة، باب: استئجار المشركين عند الضرورة...، حديث (٢٢٦٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١١٨)، حديث (١١٤٢٣).

(٩) أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٦٣)، حديث (٤٣٥٤).

خَصّ ﷺ النّهيَ باستِئْجارِه ببعضِ الخارِجِ منه ولو لم تَكُنِ الإجارةُ جائزةً أصلاً لَعَمّ النّهيُ إذِ النّهيُ عن المُنْكَرِ واجِبٌ، وكذا بُعِثَ رسولُ اللّه ﷺ والنّاسُ يُؤاجِرونَ ويَسْتَأجِرونَ فلم يُنْكِرْ عليهم فكان ذلك تقريرًا منه والتّقْريرُ أحدُ وجوه السُّنّةِ .

وأمّا الإجماعُ : فإنّ الأُمّةَ أجمعتْ على ذلك قبل وجودِ الأصَمّ حيثُ يعقِدونَ عقدَ الإجارةِ من زمنِ الصّحابةِ رضي الله عنهم إلى يومِنا هذا من غيرِ نكيرٍ، فلا يُعْبأُ بخلافِه إذْ هو خلافُ الإجماعِ .

وبه تَبيّنَ أنّ القياسَ مَتْروكٌ [١] لأنّ اللّهَ تعالى إنّما شرَعَ العُقودَ لحَوائجِ العِبادِ، وحاجَتُهم إلى الإجارةِ ماسّةٌ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ لا يكونُ له دارٌ مَمْلوكةٌ يَسْكُنُها أو أرضٌ مَمْلوكةٌ يَزْرَعُها أو دابّةٌ مَمْلوكةٌ يَرْكَبُها وقد لا يُمْكِنُه تَمَلُّكُها بالشّراءِ لعَدَمِ الثّمَنِ، ولا بالهِبةِ والإعارةِ؛ لأنّ نفسَ كُلّ واحدٍ لا تَسْمَحُ بذلك فيَحْتاجُ إلى الإجارةِ فجوِّزَتْ بخلافِ القياسِ لحاجةِ النّاسِ كالسّلَمِ ونحوِه .

تَحْقيقُه أنّ الشّرعَ شرَعَ لكُلّ حاجةٍ عقدًا يختصُّ بها فشرَعَ لتمليكِ العيْنِ بعِوَضٍ عقدًا وهو البيعُ، وشرَعَ لتمليكِها بغيرِ عِوَضٍ عقدًا وهو الهِبةُ، وشرَعَ لتمليكِ المنفَعةِ بغيرِ عِوَضٍ عقدًا وهو الإعارةُ، فلو لم يُشرَّعِ الإجارةَ مع امتِساسِ الحاجةِ إليها لم يجدِ العبدُ لدَفْعِ هذه الحاجةِ سبيلاً وهذا خلافُ موضوعِ الشّرعِ .

فصل [في ركن الإجارة ومعناها]

وأمّا رُكنُ الإجارةِ ومعناها [٢/ ٢٢٠أ]:

اما رُكنُها: فالإيجابُ والقبولُ وذلك بلفظٍ دالٍ عليها وهو لفظُ الإجارةِ، والاستِئْجارِ، والاكتِراءِ، والإكراءِ فإذا وُجِدَ ذلك فقد تَمّ الرُّكنُ . والكلامُ في صيغةِ الإيجاب والقبولِ وصِفَتِهما في الإجارةِ كالكلامِ فيهما في البيعِ، وقد ذَكَرْنا ذلك في (كِتاب البُيوعِ) .

وأمّا معنى الإجارةِ فالإجارةُ بيعُ المنفَعةِ لُغةً ولهذا سَمّاها أهلُ المدينةِ بيعًا وأرادوا به بيعَ المنفَعةِ ولهذا سُمّيَ [٢] البدَلُ في هذا العقدِ أُجْرةً، وسَمّى اللّه بَدَلَ الرّضاعِ أجرًا بقولِه : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والأُجْرةُ بَدَلُ المنفَعةِ لُغةً

(١) في المخطوط : «قد ترك».

(٢) في المخطوط : «يسمى».

ولهذا [١] سُمّيَ المهرُ في باب النّكاحِ أجرًا بقولِه عزّ وجَلّ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [بِٱلۡمَعۡرُوفِ] [٢]﴾ [النساء: ٢٥] أي مُهورَهُنّ لأنّ المهرَ بَدَلُ مَنْفَعةِ البُضْعِ، وسَواءٌ أُضيفَ إلى الدّورِ، والمنازِلِ، والبُيوتِ والحوانيتِ، والحمّاماتِ، والفساطيطِ، وعَبيدِ الخدمةِ، والدّوابِّ، والثّياب، والحُليّ والأواني، والظُّروفِ، ونحوِ ذلك أو إلى الصُّنّاعِ من القصّارِ، والخيّاطِ، والصّبّاغِ والصّائغِ، والنّجّارِ [والبنّاءِ ونحوِهم] [٣]، والأجيرُ قد يكونُ خاصًّا وهو الذي يعملُ لواحدٍ وهو المُسَمّى [٤] بأجيرِ الواحدِ، وقد يكونُ مُشْتَرَكًا وهو الذي يعملُ لعامّةِ النّاسِ وهو المُسَمّى بالأجيرِ المُشْتَرَكِ.

وذَكَرَ بعضُ المشايخِ: أنّ الإجارةَ نوعانِ إجارةٌ على المنافِعِ، وإجارةٌ على الأعمالِ، وفَسّرَ النّوعَيْنِ بما ذَكَرْنا وجعل المعقودَ عليه في أحدِ النّوعَيْنِ المنفَعةَ وفي الآخَرِ العمَلَ وهي في الحقيقةِ نوعٌ واحدٌ لأنّها بيعُ المنفَعةِ فكان المعقودُ عليه المنفَعةَ في النّوعَيْنِ جميعًا، إلاّ أنّ المنفَعةَ تختَلِفُ باختلافِ مَحِلِّ المنفَعةِ فيختلِفُ استيفاؤُها باستيفاءِ مَنافِعِ المنازِلِ بالسُّكنَى، والأراضي بالزِّراعةِ، والثّياب والحُلَلِ [باللبس] [٥] وعَبيدِ الخدمةِ بالخدْمةِ، والدّوابِّ بالرُّكوب والحمْلِ، والأواني والظُّروفِ بالاستعمالِ، والصُّنّاعِ بالعمَلِ من الخياطةِ، والقِصارةِ ونحوِهما، وقد يُقامُ فيه تَسْليمُ النّفسِ مقامَ الاستيفاءِ كما في أجيرِ الواحد حتّى لو سَلّمَ نفسَه في المُدّةِ ولم يعمل يَسْتَحِقُّ الأجرَ.

وإذا عُرِفَ أنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ فنُخَرِّجُ عليه بعضَ المسائلِ فنَقولُ: لا تجوزُ إجارةُ الشّجَرِ والكرْمِ للثّمَرِ؛ لأنّ الثّمَرَ عَيْنٌ والإجارةَ بيعُ المنفَعةِ لا بيعُ العيْنِ، ولا تجوزُ إجارةُ الشّاةِ للبنِها أو سَمْنِها أو صوفِها أو ولدِها؛ لأنّ هذه أعيانٌ فلا تُسْتَحقُّ بعقدِ الإجارةِ، وكذا إجارةُ الشّاةِ لتُرْضِعَ جَدْيًا أو صَبيًّا لما قُلْنا، ولا تجوزُ إجارةُ ماءٍ في نَهْرٍ أو بئْرٍ أو قَناةٍ أو عَيْنٍ لأنّ الماءَ عَيْنٌ فإنِ استَأجَرَ القناةَ والعيْنَ، والبئْرَ مع الماءِ لم يَجز أيضًا؛ لأنّ المقصودَ منه الماءُ وهو عَيْنٌ، ولا يجوزُ استِئْجارُ الآجامِ التي فيها الماءُ للسّمَكِ، وغيرِه من القصَب والصّيْدِ؛ لأنّ كُلّ ذلك عَيْنٌ فإنِ استَأجَرَها مع الماءِ فهو أفْسَدُ وأخبَثُ؛ لأنّ استِئْجارَها بدونِ الماءِ فاسِدٌ فكان مع الماءِ أفْسَدَ ولا تجوزُ إجارةُ المراعي؛ لأنّ الكلأَ عَيْنٌ فلا

(١) في المخطوط: «وكذا».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الذي سمى».
(٥) زيادة من المخطوط.

تُحْتَمَلُ الإجارةُ، ولا تجوزُ إجارةُ الدّراهمِ، والدّنانيرِ ولا تِبْرِهما وكذا تِبْرُ النُّحاسِ والرّصاصِ ولا استِئْجارُ المكيلاتِ والموزوناتِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ بها إلاّ بعدَ استِهْلاكِ أعيانِها، والدّاخِلُ تحت الإجارةِ المنفَعةُ لا العيْنُ حتّى لو استَأْجَرَ الدّراهمَ والدّنانيرَ ليُعَبِّرَ بها ميزانًا أو حِنْطةً ليُعَبِّرَ بها مِكيالاً أو زيتًا ليُعَبِّرَ به أرطالاً أو أمنانًا أو وقتًا معلومًا.

ذَكَرَ في الأصلِ: أنّه يجوزُ؛ لأنّ ذلك نوعُ انتِفاعٍ بها مع بقاءِ عَيْنِها فأشبَهَ استِئْجارَ سَنَجاتِ الميزانِ.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ: أنّه لا يجوزُ لفَقْدِ شرطٍ آخَرَ وهو كونُ المنفَعةِ مقصودةً والانتِفاعُ بهذه الأشياءِ من هذه الجِهةِ غيرُ مقصودٍ عادةً.

ولا يجوزُ استِئْجارُ الفحْلِ للضِّراب؛ لأنّ المقصودَ منه النّسْلُ وذلك بإنْزالِ الماءِ وهو عَيْنٌ، وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه نَهَى عن عَسْبِ الفحْلِ [1] أي كِرائه لأنّ العسْبَ في اللُّغةِ وإنْ كان اسمًا للضِّراب لكنْ لا يُمْكِنُ حَمْلُه عليه؛ لأنّ ذلك ليس بمَنْهيٍّ لما في النّهيِ عنه من قَطْعِ النّسْلِ، فكان المُرادُ منه كِراءَ عَسْبِ الفحْلِ إلاّ أنّه حَذَفَ الكِراءَ وأقامَ العسْبَ مقامَه كما في قولِه عزّ وجلّ: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف:٨٢] ونحوِ ذلك.

ولو استَأْجَرَ كلْبًا مُعلّمًا ليصيدَ به أو بازيًا لم يَجز؛ لأنّه استِئْجارٌ على العيْنِ وهو الصّيْدُ وجِنْسُ هذه المسائلِ تُخَرّجُ على [هذا] [2] الأصلِ.

فإنْ قِيلَ أليس إنّ استِئْجارَ الظِّئْرِ جائزٌ وأنّه استِئْجارٌ على العيْنِ وهي اللّبَنُ بدَليلِ أنّها لو أرضَعَتْه بلبنِ شاةٍ لم تَسْتَحِقّ الأُجْرة.

فالجوابُ: أنّه رُوِيَ عن محمّدٍ أنّ العقدَ يقعُ على خدمةِ الصّبيِّ واللّبَنُ يدخلُ على طريقِ التّبَعِ فكان ذلك استِئْجارًا على المنفَعةِ [٢/ ٢٢٠ب]، أيضًا واستيفاؤُها بالقيامِ بخدمةِ الصّبيِّ من غَسْلِه وغَسْلِ ثيابه وإلْباسِها إيّاه وطَبْخِ طعامِه ونحوِ ذلك، واللّبَنُ يدخلُ

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الإجارة، باب: عسب الفحل، برقم (٢٢٨٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في عسب الفحل، برقم (٣٤٢٩)، والترمذي، (١٢٧٣)، والنسائي، (٤٦٧١)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) زيادة من المخطوط.

فيه تبَعًا كالصّبْغِ في استِئْجارِ الصّبّاغِ وإذا أرضَعَتْه بلبنِ الشّاةِ فلم تأتِ بما دخلَ تحت العقدِ فلا تَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ كالصّبّاغِ إذا صَبَغَ الثّوبَ لونًا آخرَ غيرَ ما وقَعَ عليه العقدُ أنّه لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ، وذا لا يَدُلُّ على أنّ المعقودَ عليه ليس هو المنفَعةَ كذا ههنا .

ومن مَشايِخِنا مَنْ قال: إنّ المعقودَ عليه هناك العيْنُ وهي اللّبَنُ مقصودًا والخدمةُ تَبَعٌ؛ لأنّ المقصودَ تَرْبيةُ الصّبيِّ ولا يتربّى إلاّ باللّبَنِ فأُجْرِيَ اللّبَنُ مجرَى المنافِعِ ولهذا لا يجوزُ بيعُه .

وعلى هذا يُخَرّجُ استِئْجارُ الأقطَعِ، والأشَلِّ للخياطةِ بنفسِه، والقِصارةِ، والكِتابةِ وكُلِّ عَمَلٍ لا يقومُ إلاّ باليدَيْنِ، واستِئْجارُ الأخرَسِ لتَعليمِ الشِّعْرِ والأدَب، والأعمَى لنَقْطِ المصاحِفِ أنّه غيرُ جائزٍ؛ لأنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ والمنفَعةُ لا تَحْدُثُ عادةً إلاّ عندَ سَلامةِ الآلاتِ والأسباب، وكذا استِئْجارُ الأرضِ السّبخةِ والنّزّةِ للزِّراعةِ وهي لا تَصْلُحُ لها؛ لأنّ مَنْفَعةَ الزِّراعةِ لا يُتَصَوّرُ حُدوثُها منها عادةً فلا تَقَعُ الإجارةُ ببيعِ المنفَعةِ فلم تَجز .

وعلى هذا يُخَرّجُ استِئْجارُ المُصْحَفِ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ مَنْفَعةَ المُصْحَفِ النّظَرُ فيه والقِراءةُ منه والنّظَرُ في مُصْحَفِ الغيرِ والقِراءةُ منه مُباحٌ، والإجارةُ بيعُ المنفَعةِ والمُباحُ لا يكونُ مَحَلاًّ للبيعِ كالأعيانِ المُباحةِ من الحطَب والحشيشِ .

وكذا استِئْجارُ كُتُبٍ ليقرأ فيها شِعْرًا أو فقهًا؛ لأنّ مَنافِعَ الدّفاتِرِ النّظَرُ فيها والنّظَرُ في دَفْتَرِ الغيرِ مُباحٌ من غيرِ أجرٍ فصار كما لو استأجَرَ ظِلّ حائطٍ خارِجَ دارِه ليقعُدَ فيه .

ولو استأجَرَ شيئًا من الكُتُب ليقرأ فقرأ لا أجرَ عليه لانعِدامِ عقدِ المُعاوَضةِ، وعلى هذا أيضًا تُخَرّجُ إجارةُ الآجامِ للسّمَكِ والقصَب وإجارةُ المراعي للكَلأ وسائرُ الأعيانِ المُباحةِ إنّها غيرُ جائزةٍ لما بيّنّا واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

فَصْلٌ [في شرائط الركن]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ فأنواعٌ:

بعضُها شرطُ الانعِقادِ وبعضُها شرطُ النّفاذِ وبعضُها شرطُ الصِّحّةِ وبعضُها شرطُ اللُّزومِ.

أمّا شرطُ الانعِقادِ فثلاثةُ أنواعٍ:

نوعٌ يرجعُ إلى العاقِدِ، ونوعٌ يرجعُ إلى نفسِ العقدِ، ونوعٌ يرجعُ إلى مَكانِ العقدِ .

أمّا الذي يرجعُ إلى العاقِدِ: فالعقلُ: وهو أنْ يكونَ العاقِدُ عاقِلًا حتّى لا تَنْعَقِدُ الإجارةُ من المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يعقِلُ، كما لا يَنْعَقِدُ البيعُ منهما .

وأمّا البُلوغُ: فليس من شرائطِ الانعِقادِ ولا من شرائطِ النّفاذِ عندَنا، حتّى إنّ الصّبيّ العاقِلَ لو أجَرَ مالَه أو نفسَه فإنْ كان مأذونًا يَنْفُذُ وإنْ كان محجورًا يَقِفُ على إجازةِ الوليِّ عندَنا [١] خلافًا للشّافعيِّ [٢] وهي من مسائلِ المأذونِ .

ولو أجَرَ الصّبيُّ المحجورُ نفسَه وعَمِلَ وسَلِمَ من العمَلِ يَسْتَحِقُّ [٣] الأجرَ ويكونُ الأجرُ له، أمّا استِحْقاقُ الأجرِ فلأنّ عَدَمَ النّفاذِ كان نَظَرًا له، والنّظَرُ بعدَ الفراغِ من العمَلِ سَليمًا في [٤] النّفاذِ فيَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ ولا يُهْدَرُ سَعْيُه فيتضرّرَ به، وكان الوليُّ أذِنَ له بذلك دَلالةً بمنزلةِ قَبولِ الهِبةِ من الغيرِ .

وأمّا كونُ الأُجْرةِ المُسَمّاةِ له فلأنّها بَدَلُ مَنافِعَ وهي حقُّه، وكذا حُرّيّةُ العاقِدِ ليستْ بشرطٍ لانعِقادِ هذا العقدِ ولا لنَفاذِه عندَنا، فيَنْفُذُ عقدُ الممْلوكِ إنْ كان مأذونًا ويَقِفُ على إجازةِ مولاه إنْ كان محجورًا [٥] .

وعندَ الشّافعيِّ: لا يَقِفُ بل يَبْطُلُ .

وإذا سَلِمَ من العمَلِ في إجارةِ نفسِه أو إجارةِ مالِ المولى وجَبَ الأجرُ المُسَمّى لما ذَكَرْنا في الصّبيِّ (إلاّ أنّ) [٦] الأجرَ هُنا [٧] يكونُ للمولى؛ لأنّ العبدَ ملكُ المولى، والأجرُ كسْبُه، وكَسْبُ الممْلوكِ للمالِكِ .

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٤/ ١٠٤)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٤٠)، فتح القدير (١٠/ ٦٦)، رد المحتار (٦/ ٣٩٠).

(٢) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: «ولا يصح - أي عقد الإجارة - إلا من جائز التصرف في المال؛ لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع» «فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما. . . ولأنه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال». انظر: المهذب (١/ ٢٥٧، ٣٩٥)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٦١)، تحفة المحتاج (٦/ ١٠٧).

(٣) في المخطوط: «استحق».

(٤) في المطبوع: «من».

(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٠/ ٢٠٧)، البحر الرائق (٨/ ٣٧)، رد المحتار (٦/ ١٤٦-١٤٧).

(٦) في المخطوط: «لأن».

(٧) في المخطوط: «ههنا».

ولو هَلَكَ الصّبيُّ أو العبدُ في يَدِ المُسْتَأجِرِ في المُدّةِ ضَمِنَ ؛ لأنّه صار غاصِبًا حيثُ استعملَهما من غيرِ إذنِ المولى ولا يجبُ الأجرُ ؛ لأنّ الأجرَ مع الضّمانِ لا يَجْتَمِعانِ ، ولو قُتِلَ العبدُ أو الصّبيُّ خَطَأً فعلى عاقِلَتِه الدّيةُ أو القيمةُ وعليه الأجرُ في مالِه ؛ لأنّ إيجابَ الأُجْرةِ ههنا لا يُؤَدّي إلى الجمْعِ لاختلافِ مَنْ عليه الواجِبُ ، وللمُكاتَب أنْ يُؤاجِرَ ويَسْتَأجِرَ ؛ لأنّه في مَكاسِبه كالحُرّ .

وأمّا كونُ العاقِدِ طائعًا جادًّا عامِدًا فليس بشرطٍ لانعِقادِ هذا العقدِ ولا لنَفاذِه عندَنا لكنّه من شرائطِ الصِّحّةِ كما في بيعِ العيْنِ .

وإسلامُه ليس بشرطٍ أصلاً فتجوزَ الإجارةُ والاستِئْجارُ من المسلمِ ، والذِّمّيّ ، والحرْبيّ المُسْتَأمَنِ لأنّ هذا من عُقودِ المُعاوَضاتِ فيملِكُه المسلمُ ، والكافرُ جميعًا كالبياعاتِ ، غيرَ أنّ الذِّمّيّ إنِ استَأجَرَ دارًا من مسلمٍ في المِصْرِ فأرادَ أنْ يَتّخِذَها مُصَلًّى للعامّةِ ويَضْرِبَ فيها بالنّاقوسِ له ذلك ، ولِرَبّ الدّارِ [٢/ ٢٢١أ] وعامّةِ المسلمينَ أنْ يمْنَعوه من ذلك على طريقِ الحِسْبةِ لما فيه من إحداثِ شَعائرَ لهم ، وفيه [(١)] تَهاوُنٌ بالمسلمينَ ، واستخفافٌ بهم كما يُمْنَعُ من إحداثِ ذلك في دارِ نفسِه في أمصارِ المسلمينَ ولهذا يُمْنَعونَ من إحداثِ الكنائسِ في أمصارِ المسلمينَ .

قال النّبيُّ ﷺ : «لَا خِصَاءَ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ» [(٢)] أي : لا يجوزُ إخصاءُ الإنسانِ ولا إحداثُ الكنيسةِ في دارِ الإسلامِ في الأمصارِ ، ولا يُمْنَعُ أنْ يُصَلّيَ فيها بنفسِه من غيرِ جَماعةٍ ؛ لأنّه ليس فيه ما ذَكَرْناه من المعنى ألا تَرَى أنّه لو فعَلَ ذلك في دارِ نفسِه لا يُمْنَعُ منه ، ولو كانتِ الدّارُ بالسّوادِ ذَكَرَ في الأصلِ أنّه لا يُمْنَعُ [من شيءٍ] [(٣)] من ذلك لكنْ قِيلَ إنّ أبا حنيفةَ إنّما أجاز ذلك في زَمانِه ؛ لأنّ أكثَرَ أهلِ السّوادِ في زَمانِه كانوا أهلَ الذِّمّةِ [من المجوسِ] فكان لا يُؤَدّي ذلك إلى الإهانةِ ، والاستخفافِ بالمسلمينَ . وأمّا اليومَ فالحمْدُ للّه عَزّ وجَلّ فقد صار السّوادُ كالمِصْرِ فكان الحُكمُ فيه كالحُكمِ في المِصْرِ .

---

(١) في المخطوط : «وأنه» .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٤) ، من حديث ابن عباس بلفظ : «لا إخصاء في الإسلام ولا بنيان كَنِيسَّة» والشطر الأول صحيح وهو قوله : «لا إخصاء في الإسلام» وانظر صحيح الجامع (٧١١٦٦) ، وضعيف الجامع (٦١٧١) .

(٣) زيادة من المخطوط .

وهذا إذا لم يُشْرَطْ ذلك في العقدِ فأمّا إذا شُرِطَ بأنِ استأجَرَ ذِمّيٌّ دارًا من مسلمٍ في مِصْرٍ من أمصارِ المسلمينَ ليَتّخِذَها مُصَلًّى للعامّةِ لم تَجُزِ الإجارةُ؛ لأنّه استِئْجارٌ على المعصيةِ.

وكذا لو استأجَرَ ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ ليفعلَ ذلك لما قُلْنا، ولا بَأسَ باستِئْجارِ ظِئْرٍ كافرةٍ، والتي ولدَتْ من فُجورٍ؛ لأنّ الكُفْرَ والفُجورَ لا يُؤَثّرانِ في اللّبَنِ؛ لأنّ لبنَهما لا يَضُرُّ بالصّبيِّ، ويُكرَه استِئْجارُ الحمْقاءِ لقولِه ﷺ: «لَا تُرْضِعُ لَكُمْ الحَمْقَاءُ فَإِنَّ اللَّبَنَ يُفْسِدُ»[(١)] والظّاهرُ أنّ المُرادَ منه غيرُ الأُمِّ؛ لأنّ الوِلادةَ أبْلَغُ من الرّضاعِ، نَهَى وعَلّلَ بالإفسادِ؛ لأنّ حُمْقَها لمَرَضٍ بها عادةً ولبَنُ المريضةِ يَضُرُّ بالصّبيِّ ويُحْتَمَلُ أنّ النّهيَ عن ذلك لئَلّا يتعَوّدَ الصّبيُّ بعادةِ الحمْقَى؛ لأنّ الصّبيّ يتعَوّدُ بعادةِ ظِئْرِه واللّه أعلَمُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ العقدِ ومَكانِه، فما ذَكَرْنا في (كِتاب البُيوعِ).

(وَأمّا شرطُ) [(٢)] **النّفاذِ فأنواعٌ:**

منها: خُلوُّ العاقِدِ عن الرِّدّةِ إذا كان ذَكَرًا في قولِ أبي حنيفةَ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: ليس بشرطٍ بناءً على أنّ تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ موقوفةٌ عند أبي حنيفةَ، وعندَهما نافِذةٌ، وتَصَرُّفاتُ المُرْتَدّةِ نافِذةٌ في قولِهم جميعًا وهي من مسائلِ(كِتاب السِّيَرِ).

ومنها: الملكُ والوِلايةُ فلا تَنْفُذُ إجارةُ الفُضوليِّ لعَدَمِ الملكِ، والوِلايةِ لكنّه يَنْعَقِدُ موقوفًا على إجازةِ المالِكِ عندَنا خلافًا للشّافعيِّ [كالبيعِ][(٣)]، والمسألةُ ذَكَرْناها في (كِتاب البُيوعِ)، ثُمّ الإجازةُ إنّما تَلْحقُ الإجارةَ الموقوفةَ بشرائطَ ذَكَرْناها في البُيوعِ منها: قيامُ المعقودِ عليه.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا أجَرَ الفُضوليُّ فأجاز المالِكُ العقدَ أنّه لو أجاز قبل استيفاءِ المنفَعةِ جازَتْ وكانتِ الأُجْرةُ للمالِكِ؛ لأنّ المعقودَ عليه ما فاتَ.

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٥/ ١٥٤، ٧/ ٢٨٥) «... فإن اللبن يُعدي لعمرو بن خليف موضوعات، كان يتهم بوضعها.

(٢) في المخطوط: «من شرائط».

(٣) ليست في المخطوط.

ألا تَرَى أنّه لو عَقَدَ عليه ابتِداءً بأمرِه جاز فإذا كان مَحَلاًّ لإنْشاءِ العقدِ عليه كان مَحَلاًّ للإجارةِ، إذِ الإجارةُ اللاّحِقةُ كالوكالةِ السّابقةِ، وإنْ أجاز بعدَ استيفاءِ المنفَعةِ لم تَجز إجازَتُه وكانتِ الأُجْرةُ للعاقِدِ؛ لأنّ المنافِعَ المعقودَ عليها قد انعَدَمَتْ، ألا تَرَى أنّها قد خرجتْ عن احتمالِ إنْشاءِ العقدِ عليها فلا تَلْحقُها الإجارةُ، وقد قالوا فيمَنْ غَصَبَ عبدًا فأجّرَه سَنةً للخدمةِ وفي رجلٍ آخرَ غَصَبَ غُلامًا أو دارًا فأقامَ البيِّنةَ رجلٌ أنّه له فقال المالِكُ: قد أجَزْت ما أجَرْت إنّ مُدّةَ الإجارةِ إنْ كانت قد انقضَتْ فللغاصِبِ الأجرُ لما ذَكَرْنا أنّ المعقودَ عليه قد انعَدَمَ، والإجارةُ لا تَلْحقُ المعدومَ، وإنْ كان في بعضِ المُدّةِ فالأجرُ الماضي والباقي لرَبِّ الغُلامِ في قولِ أبي يوسُفَ.

وقال محمّدٌ: أجرُ ما مضى للغاصِبِ، وأجرُ ما بقيَ للمالِكِ، فأبو يوسُفَ نَظَرَ إلى المُدّةِ فقال: إذا بقيَ بعضُ المُدّةِ لم يَبْطُلِ العقدُ فبقيَ مَحَلاًّ للإجارةِ، ومحمّدٌ نَظَرَ إلى المعقودِ عليه فقال: كُلُّ جزءٍ من أجزاءِ المنفَعةِ معقودًا عليه بحيالِه كأنّه عَقَدَ عليه عقدًا مُبْتَدأً بالمنافِعِ في الزّمانِ الماضي وانعَدَمَتْ فانعَدَمَ شرطُ لُحوقِ الإجارةِ العقدَ فلا تَلْحقُه الإجارةُ، وقد خرج الجوابُ عَمّا ذَكَرَه أبو يوسُفَ.

وقد قال محمّدٌ فيمَنْ غَصَبَ أرضًا فأجّرَها للزّراعةِ فأجاز صاحِبُ الأرضِ (١) الإجارةَ: إنّ أُجْرةَ ما مضى للغاصِبِ، وأُجْرةَ ما بقيَ للمالِكِ، وهو على ما ذَكَرْنا من الاختلافِ قال: فإنْ أعطاها مُزارَعةً فأجازَها صاحِبُ الأرضِ جازَتْ وإنْ كان الزّرْعُ قد سَنْبَلَ ما لم يَسْمُنْ، ولا شيءَ للغاصِبِ من الزّرْعِ لأنّ المُزارَعةَ بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ لا يُفْرَدُ بعضُها من بعضٍ، فكان إجازةُ العقدِ قبل الاستيفاءِ بمنزلةِ ابتِداءِ العقدِ.

وأمّا إذا سَمُنَ الزّرْعُ فقد انقضَى عَمَلُ المُزارَعةِ [٢/ ٢٢١ب] فلا يَلْحقُ العقدُ الإجارةَ. وأمّا الاستِئْجارُ من الفُضوليِّ فهو كشرائه فإنّه أضافَ العقدَ إلى نفسِه كان المُسْتَأْجَرُ له؛ لأنّ العقدَ وجَدَ نَفاذًا على العاقِدِ فيَنْفُذُ عليه، وإنْ أضافَ العقدَ إلى مَنِ استَأجَرَ له يُنْظَرُ إنْ وقَعَتِ الإضافةُ إليه في الإيجابِ والقبولِ جميعًا يتوَقّفُ على إجازَتِه، وإنْ وقَعَتِ الإضافةُ إليه في أحدِهما دونَ الآخرِ لا يتوَقّفُ بل يَنْفُذُ على العاقِدِ لما ذَكَرْنا في البُيوعِ، بخلافِ الوكيلِ بالاستِئْجارِ أنّه يقعُ استِئْجارُه للموكِّلِ وإنْ أضافَ العقدَ إلى نفسِه والفرقُ على نحوِ

(١) في المخطوط: «الدار».

ما ذَكَرْنا في (كِتاب البُيوعِ) .

وعلى هذا تُخَرّجُ إجارةُ الوكيلِ أنّها نافِذةٌ لوجودِ الوِلايةِ بإنابةِ المالِكِ إيّاه مَنابَ نفسِه [فيَنْفُذُ] [١] كما لو فعلَه الموَكِّلُ بنفسِه، وله أنْ يُؤاجِرَ من ابنِ الموَكِّلِ وأبيه؛ لأنّ للموَكِّلِ ذلك لاختلافِ ملكَيْهما، كذا للوَكيلِ، وله أنْ يُؤاجِرَ من مُكاتَبه؛ لأنّ للمولى أنْ يُؤاجِرَ منه؛ لأنّه لا يملِكُ ما في يَدِه فكذا لوَكيلِه .

وأمّا العبدُ المأذونُ فإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ فلا يملِكُ أنْ يُؤاجِرَ منه لأنّ المولى لا يجوزُ له ذلك؛ لأنّ كسْبَه ملكُه فكذا الوكيلُ وإنْ كان عليه دَيْنٌ فلَه ذلك، أمّا عندَ أبي حنيفةَ فلأنّ المولى لا يملِكُ ما في يَدِه وكان بمنزلةِ المُكاتَب فيجوزُ لوَكيلِه أنْ يُؤاجِرَ منه .

وأمّا على قولِهما : فكَسْبُه وإنْ كان ملكَ المولى لكنْ تَعَلّقَ به حقُّ الغيرِ فجُعِلَ المالِكُ كالأجنَبيِّ، ولا يجوزُ له أنْ يُؤاجِرَ من أبيه وابنِه وكُلِّ مَنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه له في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما تجوزُ بأجرِ مثلِه كما في بيعِ العيْنِ وهو من مسائلِ كِتاب الوكالةِ، وله أنْ يُؤاجِرَ (بمثلِ أجرِ) [٢] الدّارِ وبأقَلّ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما ليس له أنْ يُؤاجِرَ بالأقَلِّ، وهو على الاختلافِ في البيعِ .

ولو آجَرَ إجارةً فاسِدةً نَفَذَتْ لأنّ مُطْلَقَ العقدِ يتناوَلُ الصّحيحَ والفاسِدَ كما في البيعِ ولا ضَمانَ عليه؛ لأنّه لم يصِرْ مُخالِفًا، وعلى المُسْتَأجِرِ أجرُ المثلِ إذا انتَفَعَ؛ لأنّه استَوْفَى المنافِعَ بالعقدِ الفاسِدِ .

ولو لم يُؤاجِرِ الموَكِّلُ الدّارَ لكنّه وهَبَها من رجلٍ أو أعارَها إيّاه فسَكَنَها سِنينَ ثُمّ جاءَ صاحِبُها فلا أجرَ له على الوكيلِ ولا على السّاكِنِ؛ لأنّ المنافِعَ على أصلِ أصحابنا لا تُضْمَنُ إلاّ بالعقدِ الصّحيحِ أو الفاسِدِ ولم يوجدْ ههنا .

وكذلك الإجارةُ من الأب والوصيِّ والقاضي وأمينِه نافِذةٌ لوجودِ الإنابةِ من الشّرعِ، فللأب أنْ يُؤاجِرَ ابنَه الصّغيرَ في عَمَلٍ من الأعمالِ؛ لأنّ وِلايته على الصّغيرِ [٣] كوِلايَتِه على نفسِه؛ لأنّ شَفَقَتَه عليه كشَفَقَتِه على نفسِه، وله أنْ يُؤاجِرَ نفسَه فكذا؛ ابنُه ولأنّ فيها نَظَرًا للصّغيرِ من وجهَيْنِ :

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بأجر مثل».

(٣) في المخطوط: «الصبي».

أحدُهما: أنّ المنافِعَ في الأصلِ ليستْ بمالٍ خُصوصًا مَنافِعُ الحُرِّ وبالإجارةِ تَصيرُ مالاً، وجَعْلُ ما ليس بمالٍ مالاً من باب النّظَرِ.

والثّاني: أنّ إيجارَه في الصّنائعِ من باب التّهْذيب والتّأديب والرّياضةِ وفيه نَظَرٌ للصّبيِّ فيملِكُه الأبُ، وكذا وصيُّ الأب لأنّه مرضيُّ الأب، والجدُّ أبو الأب لقيامِه مقامَ الأب عندَ عَدَمِه، ووَصيُّه لأنّه مرضيُّه، والقاضي لأنّه نُصِّبَ ناظِرًا، وأمينُه لأنّه مرضيُّه، ولا تجوزُ إجارةُ غيرِ الأب، ووَصيِّه، والجدِّ، ووَصيِّه من سائرِ ذَوي الرّحِمِ المحرَمِ إذا كان له أحدٌ مِمّنْ ذَكَرْنا؛ لأنّ مَنْ سِواهم لا وِلايةَ له على الصّغيرِ.

ألا تَرَى أنّه لا يملِكُ التّصَرُّفَ في مالِه ففي نفسِه أولى، إلاّ إذا كان في حِجْرِه فتجوزُ إجارَتُه إيّاه في قولِهم؛ لأنّه إذا كان في حِجْرِه كان له عليه ضَرْبٌ من الوِلايةِ لأنّه يُرَبّيه ويُؤَدِّبُه، واستعمالُه في الصّنائعِ نوعٌ من التّأديب فيملِكُه من حيثُ إنّه تَأديبٌ، فإنْ كان في حِجْرِ ذي رَحِمٍ محرَمٍ منه فأجَرَه ذو رَحِمٍ محرَمٍ آخَرَ هو أقرَبُ إليه من الذي هو في حِجْرِه بأنْ كان الصّبيُّ في حِجْرِ عَمِّه وله أُمٌّ فأَجَرَتْه قال أبو يوسُفَ: تجوزُ إجارَتُها إيّاه، وقال محمّدٌ: لا تجوزُ.

(وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ)[1] هؤلاء لا وِلايةَ لهم على الصّبيِّ أصلاً ومقصودًا، وإنّما يملِكونَ الإجارةَ ضِمْنًا لوِلايةِ التّرْبيةِ وأنّها تَثْبُتُ لمَنْ كان في حِجْرِه، فإذا لم يكنْ في حِجْرِه كان (بمنزلةِ الأجانِب)[2].

ولأبي يوسُفَ: إنّ ذا الرّحِمِ إنّما يَلي عليه هذا النّوعَ [من الوِلايةِ][3] بسبب الرّحِمِ فمَنْ كان أقرَبَ إليه في[4] الرّحِمِ كان أولى كالأب مع الجدِّ، ولِلّذي في حِجْرِه أنْ يقبضَ الأُجْرةَ؛ لأنّ قَبْضَ الأُجْرةِ من حُقوقِ العقدِ وهو العاقِدُ فكان وِلايةُ القبْضِ له، وليس له أنْ يُنْفِقَها عليه؛ لأنّ الأُجْرةَ مالُه، والإنْفاقُ عليه [من ماله][5] تَصَرُّفٌ في مالِه، وليس له وِلايةُ التّصَرُّفِ في المالِ.

وكذا إذا وُهِبَ له هِبةٌ فلَه أنْ يقبضَها وليس له أنْ يُنْفِقَها؛ لأنّ قَبْضَ الهِبةِ مَنْفَعةٌ

---

(١) في المخطوط: «لأن».
(٢) في المخطوط: «كالأجانب».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) زيادة من المخطوط.

محضة [١] للصّغيرِ. ألا تَرى أنّ الصّغيرَ يملِكُ قَبْضَها بنفسِه. وأمّا الإنْفاقُ فهو من باب الوِلايةِ فلا يملِكُه مَنْ لا يملِكُ التّصرُّفَ في مالِه.

ولو بَلَغَ الصّبيُّ في [٢/ ٢٢٢أ] هذا كُلِّه قبل انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ فلَه الخيارُ: إنْ شاء أمضى الإجارةَ، وإنْ شاء فسَخَ؛ لأنّ في استيفاءِ العقدِ إضرارًا به لأنّه بعدَ البُلوغِ تَلْحقُه الأنَفةُ من خدمةِ النّاسِ، (وإلى هذا) [٢] أشارَ أبو حنيفةَ فقال: أرأيت لو تَفَقّهَ فوَليَ القضاءَ أكُنْت أتْرُكه يَخْدُمُ النّاسَ وقد أجَرَه أبوه هذا قَبيحٌ؛ ولأنّ المنافِعَ تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا والعقدُ يَنْعَقِدُ على حَسَب حُدوثِ المنافِعِ فإذا بَلَغَ فيصيرُ كأنّ الأبَ عَقَدَ ما يَحْدُثُ من المنافِعِ بعدَ البُلوغِ ابتِداءً فكان له خيارُ الفسخِ والإجارةِ كما إذا عَقَدَ ابتِداءً بعدَ البُلوغِ، وكذا الأبُ والجدُّ ووَصيُّهما والقاضي ووَصيُّه في إجارةِ عبدِ الصّغيرِ وعَقارِه؛ لأنّ لهم وِلايةَ التّصرُّفِ في مالِه بالبيعِ كذا بالإجارةِ.

ولو بَلَغَ قبل انتِهاءِ المُدّةِ فلا خيارَ له بخلافِ إجارةِ النّفسِ، وقد ذَكَرْنا الفرقَ بينهما في كِتاب البُيوعِ، وليس للأب ومَنْ يملِكُ إجارةَ مالِ الصّبيِّ ونفسِه [ومالِه] [٣] أنْ يُؤْجِرَه [٤] بأقَلّ من أجرِ المثلِ قدرَ ما لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه عادةً، ولو فعَلَ لا يَنْفُذُ؛ لأنّه ضَرَرٌ في حقِّه وهذه وِلايةُ نَظَرٍ فلا تَثْبُتُ مع الضّرَرِ، وليس لغيرِ هؤلاء مِمّنْ هو في حِجْرِه أنْ يُؤاجِرَ عبدَه أو دارِه؛ لأنّ ذلك تَصَرُّفٌ في المالِ فلا يملِكُه إلاّ مَنْ يملِكُ التّصرُّفَ في المالِ كبيعِ المالِ.

وقال ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ: أستَحْسِنُ أنْ يُؤاجِروا عبدَه؛ لأنّهم يملِكونَ إجارةَ نفسِه فإجارةُ مالِه أولى، وكذا [٥] أستَحْسِنُ أنْ يُنْفِقوا عليه ما لا بُدّ منه لأنّ في تأخيرِ ذلك ضَرَرًا عليه.

وكذلك أحدُ الوصيّيْنِ يملِكُ أنْ يُؤاجِرَ اليتيمَ في قولِ أبي حنيفةَ ولا يُؤاجِرُ عبدَه، وقال محمّدٌ: يُؤاجِرُ عبدَه، والصّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ؛ لأنّ لكُلِّ واحدٍ من الوصيّيْنِ التّصرُّفَ فيما يُخافُ الضّرَرُ بتأخيرِه، وفي تَرْكِ إجارةِ الصّبيِّ ضَرَرٌ به بتَرْكِ تأديبه، ولا ضَرَرَ في تَرْكِ

---

(١) في المطبوع: «محض».
(٢) في المخطوط: «ولهذا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يؤاجر نفسه وماله».
(٥) في المخطوط: «وكذلك».

إجارةِ العبدِ، ولا تجوزُ إجارةُ الوصيِّ نفسَه منه للصّبيِّ، وهذا على أصلِ محمّدٍ لا يُشْكِلُ؛ لأنّ الوصيّ لا يملِكُ بيعَ مالِه من الصّبيِّ أصلاً فلا يملِكُ إجارةَ نفسِه منه، أمّا على أصلِ أبي حنيفةَ فيُحْتاجُ إلى الفرقِ بين البيعِ و[بين] [1] الإجارةِ [حيثُ يملِكُ البيعَ ولا يملِكُ الإجارةَ] [2].

ووَجْه الفرقِ: أنّه إنّما يملِكُ بيعَ مالِه منه إذا كان فيه نَظَرٌ للصّغيرِ، ولا نَظَرَ للصّغيرِ في إجارةِ نفسِه منه؛ لأنّ فيها جَعْلَ ما ليس بمالٍ مالاً فلم يَجز للوَصيِّ أنْ يعملَ في مالِ الصّبيِّ مُضارَبةً، والفرقُ بين الإجارةِ والمُضارَبةِ أنّ الوصيّ بعقدِ المُضارَبةِ لا يوجِبُ حقًّا في مالِ المُضارَبةِ، وإنّما يوجِبُ حقًّا في الرِّبْحِ وإنّه قد يكونُ، وقد لا يكونُ فلا يَلْحقُه تُهْمةٌ بخلافِ الإجارةِ؛ لأنّها توجِبُ حقًّا في مالِ الصّبيِّ لا مَحالةَ وهو مُتّهَمٌ فيه لما بيّنّا.

وأمّا استِئْجارُ الصّغيرِ لنفسِه فيَنْبَغي أنْ يجوزَ على قولِ أبي حنيفةَ إذا كان بأُجْرةٍ لا يُتَغابَنُ في مثلِها؛ لأنّه يملِكُ بيعَ مالِه من نفسه إذا كان فيه نَظَرٌ له، وفي استِئْجارِه إيّاه لنفسِه نَظَرٌ له لما فيه من جَعْلِ ما ليس بمالٍ مالاً ويجوزُ للأب أنْ يُؤاجِرَ نفسَه للصّغيرِ أو يَسْتَأْجِرَ الصّغيرَ لنفسِه؛ لأنّ بيعَ مالِ الأب من الصّغيرِ وشراءَ مالِه لنفسِه لا يتقيّدُ بشرطِ النّظَرِ، بدَليلِ أنّه لو باعَ مالَه منه بمثلِ قيمَتِه أو اشترى مالَ الصّغيرِ لنفسِه بمثلِ قيمَتِه يجوزُ، فكذا الإجارةُ.

ومنها: تَسْليمُ المُسْتَأْجِرِ في إجارةِ المنازِلِ، ونحوِها إذا كان العقدُ مُطْلَقًا عن شرطِ التّعْجيلِ بأنْ لم يشترِطْ تعجيلَ الأُجْرةِ في العقدِ ولم يوجدِ التّعْجيلُ أيضًا من غيرِ شرطٍ عندَنا [3]، خلافًا للشّافعيِّ [4]، بناءً على أنّ الحُكمَ في الإجارةِ المُطْلَقةِ لا يَثْبُتُ بنفسِ العقدِ عندَنا؛ لأنّ العقدَ في حقِّ الحُكمِ يَنْعَقِدُ على حَسَبِ حُدوثِ المنفَعةِ فكان العقدُ في حقِّ الحُكمِ مُضافًا إلى حينِ حُدوثِ المنفَعةِ فيَثْبُتُ حُكمُه عندَ ذلك.

وعندَه تُجْعَلُ مَنافِعُ المُدّةِ موجودةً في الحالِ تقديرًا كأنّها عَيْنٌ قائمةٌ فيَثْبُتُ الحُكمُ

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص ١٢٨، فتح القدير (٩/ ٦٦، ٦٧)، البناية (٩/ ٢٨٢).

(٤) مذهب الشافعية: أنه إذا شرط في الأجرة التأجيل أو التنجيم، كانت مؤجلة أو منجمة، وإن أطلق فمعجلة وملكها المكرى بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر، انظر الوسيط (٤/ ١٥٦)، روضة الطالبين (٥/ ١٧٤)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤).

بنفسِ العقدِ، كما في بيعِ العيْنِ، وهذا أصلٌ نَذْكُرُه في بيانِ حُكمِ الإجارةِ وكَيْفيّةِ انعِقادِها في حقِّ الحُكمِ إنْ شاء اللّه تعالى.

ونَعْني بالتّسْليمِ التّخْليةَ والتّمْكينَ من الانتِفاع برَفْعِ الموانِعِ في إجارةِ المنازِلِ ونحوِها وعَبيدِ الخدمةِ وأجيرِ الوحْدِ، حتّى لو انقضَتِ المُدّةُ من غيرِ تَسْليمِ المُسْتَأجَرِ على التّفسيرِ الذي ذَكَرْنا لا يَسْتَحِقُّ شيئًا من الأجرِ؛ لأنّ المُسْتَأجِرَ لم يملِكْ من المعقودِ عليه شيئًا فلا يملِكُ هو أيضًا شيئًا من الأجرِ؛ لأنّه مُعاوَضةٌ مُطْلَقةٌ.

ولو مضى بعدَ العقدِ مُدّةٌ ثُمّ سَلّمَ فلا أجرَ له فيما مضى لعَدَمِ التّسْليمِ فيه، ولو أجّرَ المنزلَ فارِغًا وسَلّمَ المِفْتاحَ إلى المُسْتَأجِرِ فلم يُفْتَحِ البابُ حتّى مَضَتِ المُدّةُ لَزِمَه [(١)] كُلُّ الأجرِ لوجودِ التّسْليمِ وهو التّمْكينُ من الانتِفاعِ برَفْعِ [٢/ ٢٢٢ب] الموانِعِ في جميعِ المُدّةِ فحَدَثَتِ المنافِعُ في [(٢)] ملكِ المُسْتَأجِرِ فهَلَكَتْ على ملكِه فلا يَسْقُطُ عنه الأجرُ، كالبائعِ إذا سَلّمَ المبيعَ إلى المُشْتَري بالتّخْليةِ فهَلَكَ في يَدِ البائعِ كان الهَلاكُ على المُشْتَري؛ لأنّه هَلَكَ على ملكِه، كذا هذا.

وإنْ لم يُسَلِّمِ المِفْتاحَ إليه لكنّه أذِنَ له بفَتْحِ الباب فقال: مُرّ، وافْتَحِ البابَ فإنْ كان يقدِرُ على فتْحِ الباب بالمُعالَجةِ لَزِمَه الكِراءُ لوجودِ التّسْليمِ وإنْ لم يقدِرْ لا يَلْزَمْه؛ لأنّ التّسْليمَ لم يوجدْ.

ولو استأجَرَ دارًا ليَسْكُنَها شهرًا، أو عبدًا يَسْتخدِمُه شهرًا، أو دابّةً ليَرْكَبَها إلى الكوفةِ فسَكَنَ واستخدَمَ في بعضِ الوقتِ ورَكِبَ [في] [(٣)] بعضِ المسافةِ ثُمّ حَدَثَ بها مانِعٌ يمْنَعُ من الانتِفاعِ من غَرَقٍ أو مَرَضٍ أو إباقٍ أو غَصْبٍ أو كان زَرْعًا، فانقطع شُرْبَه، أو رَحًى فانقَطَعَ ماؤُه لا تَلْزَمُه أُجرةُ تلك المُدّةِ؛ لأنّ المعقودَ عليه المنفَعةُ في تلك المُدّةِ؛ لأنها [(٤)] تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا فلا تَصيرُ مَنافِعُ المُدّةِ مُسَلّمةً بتَسْليمِ مَحَلِّ المنفَعةِ؛ لأنّها معدومةٌ، والمعدومُ لا يحتملُ التّسْليمَ، وإنّما يُسَلِّمُها على حَسَبِ وجودِها شيئًا فشيئًا، فإذا اعترَضَ مانع [(٥)] فقد تَعَذّرَ تَسْليمُ المعقودِ عليه قبل القبْضِ فلا يجبُ البدَلُ كما لو تَعَذّرَ تَسْليمُ المبيعِ قبل القبْضِ بالهَلاكِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

(١) في المخطوط: «يلزمه».
(٢) في المخطوط: «على».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وأنها».
(٥) في المطبوع: «منع».

وَمنها: أنْ يكونَ العقدُ مُطْلَقًا عن شرطِ الخيارِ فإنْ كان فيه خيارٌ لا يَنْفُذُ في مُدّةِ الخيارِ؛ لأنّ الخيارَ يمْنَعُ انعِقادَ العقدِ في حقّ الحُكمِ ما دامَ الخيارُ قائمًا، لحاجةِ مَنْ له الخيارُ إلى دَفْعِ العيْنِ عن نفسِه كما في بيعِ العيْنِ وهذا لأنّ شرطَ الخيارِ وإنْ كان شرطًا مُخالِفًا لمُقْتَضى العقدِ.

والقياسُ يأباه لما مَرّ لكنْ تَرَكنا اعتِبارَ القياسِ لحاجةِ النّاسِ، ولهذا جاز في بيعِ العيْنِ كذا في الإجارةِ والله [عَزّ وجَلّ] [(١)] الموَفّقُ.

وَأمّا شرطُ الصّحّةِ فلِصحّةِ هذا العقدِ شرائطُ: بعضُها يرجعُ إلى العاقِدِ، وبعضُها يرجعُ إلى المعقودِ عليه، وبعضُها يرجعُ إلى مَحَلّ المعقودِ عليه، وبعضُها يرجعُ إلى ما يُقابلُ المعقودَ عليه وهو الأُجْرةُ وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ العقدِ أعني: الرُّكنَ [(٢)].

أمّا الذي يرجعُ إلى العاقِدِ: فرضا المُتعاقِدَيْنِ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والإجارةُ تِجارةٌ؛ لأنّ التِّجارةَ تَبادُلُ المالِ بالمالِ والإجارةُ كذلك، ولهذا يملِكُها المأذونُ، وإنّه لا يملِكُ ما ليس بتِجارةٍ، فثَبَتَ أنّ الإجارةَ تِجارةٌ فدخلَتْ تحت النّصّ.

وقال النّبيُّ ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بطيب [(٣)] مِنْ نَفْسِهِ» [(٤)] فلا يصحُّ مع الكراهةِ والهَزْلِ والخطَأ؛ لأنّ هذه العوارِضَ تُنافي الرِّضا فتمنَعُ صحّةَ الإجارةِ؛ ولهذا مَنَعَتْ صحّةَ البيعِ.

وأمّا إسلامُ العاقِدِ: فليس بشرطٍ فيصحُّ من المسلمِ، والكافرِ، والحرْبيِّ المُسْتَأمَنِ كما يصحُّ البيعُ منهم.

وكذا الحُرّيّةُ، فيصحُّ من الممْلوكِ المأذونِ، ويَنْفُذُ [(٥)] من المحجورِ، ويَنْعَقِدُ ويتوقّفُ على ما بيّنّا والله عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ركنه».
(٣) في المطبوع: «بطيبة».
(٤) رواه البيهقي في الشعب (٤/ ٣٨٧)، حديث (٥٤٩٢)، وفي الكبرى (٦/ ١٠٠)، حديث (١١٣٢٥)، وأبو يعلى في مسنده (٣/ ١٤٠)، حديث (١٥٧٠)، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٤٥)، حديث (١٢٤٩)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٨٨)، حديث (١٥٩١)، وصحيح الجامع (٧٦٦٢).
(٥) في المخطوط: «وتنفذ».

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المعقودِ عليه فضُروبٌ:

منها: أنْ يكونَ المعقودُ عليه وهو المنفَعةُ معلومًا علمًا يمْنَعُ من المُنازَعةِ، فإنْ كان مجهولاً يُنْظَرُ إنْ كانت تلك الجهالةُ مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ تمنَعُ صحّةَ العقدِ، وإلاّ فلا؛ لأنّ الجهالةَ المُفْضيةَ إلى المُنازَعةِ تمنَعُ من التّسْليمِ والتّسَلُّمِ فلا يَحْصُلُ المقصودُ من العقدِ فكان العقدُ عَبَثًا لخُلوِّه عن العاقِبةِ الحميدةِ، وإذا لم تَكُنْ مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ يوجدُ التّسْليمُ والتّسَلُّمُ فيَحْصُلُ المقصودُ، ثُمّ العلمُ بالمعقودِ عليه وهو المنفَعةُ يكونُ ببيانِ أشياءَ:

منها: بيانُ مَحَلِّ المنفَعةِ حتّى لو قال: أجَرْتُك إحدى هاتَيْنِ الدّارَيْنِ أو أحدَ هذَيْنِ العبدَيْنِ، أو قال: استأجَرْت أحدَ هذَيْنِ الصّانِعَيْنِ لم يصحّ [العقدُ] (١)؛ لأنّ المعقودَ عليه مجهولٌ لجَهالةِ مَحَلِّه جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ فتمنَعُ صحّةَ العقدِ.

وعلى هذا قال أبو حنيفةَ: إذا باعَ نصيبًا له من دارٍ غيرِ مُسَمًّى ولا يعرفُه المُشْتَري أنّه لا يجوزُ لجَهالةِ النّصيب.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: يجوزُ إذا عَلِمَ به بعدَ ذلك، وإنْ كان عَرَفَه المُشْتَري وقتَ العقدِ أو عَرَفَه في المجلسِ جاز، سَواءٌ كان البائعُ يعرِفُه، أو لا يعرِفُه بعدَ أنْ صُدِّقَ المُشْتَري فيما قال: وجَوابُ أبي حنيفةَ مبنيٌّ على أصلَيْنِ:

أحدُهما: أنّ بيعَ النّصيب لا يجوزُ عندَه، وهو قولُ محمّدٍ، وعندَ (٢) أبي يوسُفَ جائزٌ (٣).

والثاني: أنّ إجارةَ المشاعِ غيرُ جائزةٍ عندَه، وإنْ كان المُسْتَأجَرُ معلومًا من نصفٍ أو ثُلُثٍ أو غيرِ ذلك فالمجهولُ أولى، وعندَهما إجارةُ المشاعِ جائزةٌ، وإنّما فرّقَ محمّدٌ بين الإجارةِ والبيعِ حيثُ جَوّزَ إجارةَ النّصيب ولم يُجَوِّزْ بيعَ النّصيب؛ لأنّ الأُجْرةَ لا تجبُ بنفسِ العقدِ على أصلِ أصحابنا [٢/ ٢٢٣ب]، وإنّما تجبُ عندَ استيفاءِ المعقودِ عليه وهو المنفَعةُ، والنّصيبُ عندَ الاستيفاءِ معلومٌ بخلافِ البيعِ فإنّ البدَلَ فيه يجبُ بنفسِ العقدِ، وعندَ العقدِ النّصيبُ مجهولٌ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «قال».

(٣) في المخطوط: «تجوز».

وعلى هذا يُخَرّجُ قولُ أبي حنيفةَ ما إذا استأجَرَ من عَقارٍ مائةَ ذِراعٍ أو استأجَرَ من أرضٍ جَريبًا أو جَريبينِ أنّه لا يجوزُ، كما لا يجوزُ البيعُ؛ لأنّ اسمَ الذِّراعِ عندَه يقعُ على القدرِ الذي يَحُلُّه الذِّراعُ من البُقْعةِ المُعَيّنةِ وذلك للحالِ مجهولٌ، وكذا إجارةُ المشاعِ لا تجوزُ عندَه وإنْ كان معلومًا فالمجهولُ أولى، وعندَهما الذِّراعُ كالسّهْمِ وتجوزُ إجارةُ السّهْمِ كذا إجارةُ الذِّراعِ، وقد ذكَرْنا المسألةَ في (كِتاب البُيوعِ).

وعلى هذا تُخَرّجُ إجارةُ المشاعِ من غيرِ الشّريكِ عندَ أبي حنيفةَ أنّها لا تجوزُ، لأنّ المعقودَ عليه مجهولٌ لجَهالةِ مَحلِّه، إذِ الشّائعُ اسمٌ لجزءٍ من الجملةِ غيرُ عَيْنٍ من الثُّلُثِ والرُّبُعِ ونحوِهما وإنّه غيرُ معلومٍ فأشبَهَ إجارةَ عبدٍ من عبدَيْنِ، وعندَهما جائزٌ كبيعِ الشّائعِ، وبه أخذ الشّافعيُّ، وتُخَرّجُ المسألةُ على أصلٍ آخَرَ هو أولى بالتّخْريجِ عليه ونَذْكُرُ الدّلائلَ هناك إنْ شاء اللّه تعالى.

وإنِ استأجَرَ طريقًا من دارٍ ليمُرّ فيها وقتًا معلومًا لم يَجز في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ البُقْعةَ المُسْتَأجَرةَ غيرُ معلومةٍ [1] من بقيّةِ الدّارِ فكان إجارةَ المشاعِ فلا يجوزُ عندَه وعندَهما يجوزُ.

ولو استأجَرَ ظَهْرَ بيتٍ ليَبيتَ عليه شهرًا أو ليَضَعَ مَتاعَه عليه اختلف المشايِخُ فيه لاختلافِ نُسَخِ الأصلِ ذَكَرَ في بعضِها أنّه لا يجوزُ، وفي بعضِها أنّه يجوزُ وهو الصّحيحُ؛ لأنّ المعقودَ عليه معلومٌ.

وذَكَرَ في الأصلِ إذا استأجَرَ عُلوّ منزلٍ ليَبنيَ عليها لا يجوزُ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ البناءَ عليه يختلِفُ في الخِفّةِ والثِّقَلِ، والثّقيلُ منه يَضُرُّ بالعُلوِّ، والضّرَرُ لا يدخلُ في العقدِ؛ لأنّ الأجيرَ لا يَرْضَى به فكان مُسْتَثْنًى من العقدِ دَلالةً ولا ضابطَ له فصار [2] مَحَلُّ المعقودِ عليه مجهولاً، بخلافِ ما إذا استأجَرَ أرضًا ليَبنيَ عليها أنّه يجوزُ؛ لأنّ الأرضَ [3] لا تَتأثّرُ لثِقَلِ البناءِ وخِفّتِه، ولا يجوزُ في قياسِ قولِ (أبي يوسُفَ ومحمّدٍ) [4]؛ لأنّ البناءَ المذكورَ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعارَفِ [5]، والجوابُ ما ذَكَرْنا أنّه ليس لذلك حَدٌّ معلومٌ.

---

(١) في المخطوط: «متميزة».
(٢) في المخطوط: «فكان».
(٣) في المخطوط: «الأرضي».
(٤) في المخطوط: «أبي حنيفة».
(٥) في المخطوط: «المعتاد».

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا استَأجَرَ شرْبًا من نَهْرٍ أو مسيلِ ماءٍ في أرضٍ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ قدرَ ما يَشْغَلُ الماءُ من النّهرِ والأرضِ غيرُ معلومٍ.

ولو استَأجَرَ نَهْرًا ليَسوقَ منه الماءَ إلى أرضٍ له فيَسْقيها لم يَجز، وذَكَرَ في الأصلِ إذا استَأجَرَ نَهْرًا يابسًا يُجْري فيه الماءَ إلى أرضِه أو رَحًى لا يجوزُ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهم الله وقال: أرأيت لو استَأجَرَ ميزابًا ليَسيلَ فيه ماءُ المطرُ على سَطْحِ المُؤاجِرِ ألم يكنْ هذا فاسِدًا؟.

وذَكَرَ هِشامٌ عن محمّدٍ فيمَنِ استَأجَرَ موضِعًا معلومًا من أرضٍ مُؤَقّتًا بوقتٍ معلومٍ يُسيلُ فيه ماءَه أنّه [لا] (١) يجوزُ، فصار عن محمّدٍ رِوايَتانِ:

وجه هذه الرواية: أنّ المانِعَ جَهالةُ البُقْعةِ، وقد زالَتِ الجهالةُ بالتّعْيينِ.

وجه الروايةِ المشهورةِ: وهو قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ أنّ مِقْدارَ ما يَسيلُ من الماءِ في النّهرِ والمسيلِ مُخْتَلِفٌ والكثيرُ منه مُضِرٌّ بالنّهرِ والسّطْحِ، والمُضِرُّ منه مُسْتَثْنًى من العقدِ دَلالةً، وغيرُ المُضِرّ غيرُ مَضْبوطٍ، فصار مَحَلُّ المعقودِ عليه مجهولاً، ولو استَأجَرَ ميزابًا ليُرَكّبَه في دارِه كُلّ شهرٍ بشيءٍ مُسَمًّى جاز؛ لأنّ الميزابَ المُرَكّبَ في دارِه لا تختَلِفُ مَنْفَعَتُه بكَثْرةِ ما يَسيلُ فيه وقِلّتِه، فكان مَحَلُّ المعقودِ عليه معلومًا.

ولو استَأجَرَ بالوعةً ليصُبّ فيها وضوءًا لم يَجز لأنّ مِقْدارَ ما يُصَبُّ فيها من الماءِ مجهولٌ، والضّرَرُ يختلِفُ فيه بقِلّتِه وكَثْرَتِه، فكان مَحَلُّ المعقودِ عليه مجهولاً وعلى هذا يُخَرّجُ أيضًا ما إذا استَأجَرَ حائطًا ليَضَعَ عليه جُذوعًا أو يَبنيَ عليه سُتْرةً أو يَضَعَ فيه ميزابًا أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ وضْعَ الجِذْعِ (٢) وبناءَ السُّتْرةِ يختلِفُ باختلافِ الثّقَلِ والخِفّةِ، والثّقيلُ منه يَضُرُّ بالحائطِ والضّرَرُ مُسْتَثْنًى من العقدِ دَلالةً وليس لذلك المُضِرِّ حَدٌّ معلومٌ فيصيرَ مَحَلُّ المعقودِ عليه مجهولاً.

وكذلك لو استَأجَرَ من الحائطِ موضِعَ كوّةٍ ليدخلَ عليه الضّوْءُ، أو موضِعًا من الحائطِ ليَتِدَ فيه وتَدًا لم يَجز لما قُلْنا.

فإنْ قِيلَ: أليس أنّه لو استَأجَرَ دابّةً بغيرِ عَيْنِها يجوزُ وإنْ كان المعقودُ عليه مجهولاً

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) في المخطوط: «الجذوع».

لجَهالةِ مَحلِّه؟

فالجوابُ: إنّ هذه الجهالةَ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ لحاجةِ النّاسِ إلى سُقوطِ اعتِبارِها؛ لأنّ المُسافِرَ لو استأجَرَ دابّةً بعَيْنِها فرُبّما تَموتُ الدّابّةُ في الطّريقِ فتَبْطُلُ الإجارةُ بموتِها، ولا يُمْكِنُه المُطالَبةُ بدابّةٍ أُخرى [٢/ ٢٢٣ب]، فيَبْقَى في الطّريقِ بغيرِ حَمولةٍ فيتضَرّرُ به، فدَعَتِ الضّرورةُ إلى الجوازِ وإسقاطِ اعتِبارِ هذه الجهالةِ لحالةِ النّاسِ، فلا تكونُ [هذه] (١) الجهالةُ مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ كجَهالةِ المُدّةِ وقدرِ الماءِ الذي يُسْتعملُ في الحمّامِ.

وقال هِشامٌ: سَألت محمّدًا عن الاطِّلاءِ بالنّورةِ بأنْ قال: أُطْليك بدانِقٍ ولا يعلَمُ بما يَطْليه من غِلَظِه ونَحافَتِه، قال: هو جائزٌ؛ لأنّ مِقْدارَ البدَنِ معلومٌ بالعادةِ والتّفاوُتُ فيه يَسيرٌ لا يُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ ولأنّ النّاسَ يتعامَلونَ ذلك من غيرِ نَكيرٍ فسَقَطَ اعتِبارُ هذه الجهالةِ بتَعامُلِ النّاسِ.

ومنها: بيانُ المُدّةِ في إجارةِ الدّورِ والمنازِلِ، والبُيوتِ، والحوانيتِ، وفي استِئْجارِ الظِّئْرِ؛ لأنّ المعقودَ عليه لا يصيرُ معلومَ القدرِ بدونِه، فتَرْكُ بيانِه يُفْضي إلى المُنازَعةِ، وسَواءٌ قَصُرَتِ المُدّةُ أو طالَتْ من يومٍ أو شهرٍ أو سَنةٍ أو أكثَرَ من ذلك بعدَ أنْ كانت معلومةً، وهو أظْهَرُ أقوالِ الشّافعيِّ. وفي بعضِها أنّه لا يجوزُ أكثَرُ من سَنةٍ، وفي بعضِها أنّه لا يجوزُ أكثَرُ من ثلاثينَ سَنةً، والقولانِ لا معنى لهما؛ لأنّ المانِعَ إنْ كان هو الجهالةَ فلا جَهالةَ، وإنْ كان عَدَمَ الحاجةِ فالحاجةُ قد تَدْعو إلى ذلك، وسَواءٌ عَيّنَ اليومَ أو الشّهرَ أو السّنةَ أو لم يُعَيِّنْ، ويتعَيّنُ الزّمانُ الذي يعقُبُ العقدَ لثُبوتِ حُكمِه (٢).

وقال الشّافعيُّ: لا يصحُّ العقدُ ما لم يُعَيّنَ الوقتُ (٣) الذي يَلي العقدَ نصًّا.

وَجهُ قولِه: إنّ قوله يومًا أو شهرًا أو سَنةً مجهولٌ؛ لأنّه اسمٌ لوقتٍ مُنَكّرٍ، وجَهالةُ الوقتِ توجِبُ جَهالةَ المعقودِ عليه، وليس في نفسِ العقدِ ما يوجِبُ تعيينَ بعضِ الأوقاتِ دونَ بعضٍ فيَبْقَى مجهولاً، فلا بُدّ من التّعْيينِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٥/ ١٣١)، تبيين الحقائق (٥/ ١٠٥)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٦٠)، فتح القدير (٩/ ٦٤).

(٣) في المخطوط: «الزمان».

ولنا: إنّ التّعْيينَ قد يكونُ نصًّا وقد يكونُ دَلالةً، وقد وُجِدَ ههنا دَلالةُ التّعْيينِ من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ الإنسانَ إنّما يعقِدُ عقدَ الإجارةِ للحاجةِ، والحاجةُ عَقيبَ العقدِ قائمةٌ.

والثاني: إنّ العاقِدَ يقصِدُ بعقدِه الصِّحّةَ ولا صحّةَ لهذا العقدِ إلاّ بالصّرْفِ في [١] الشّهرِ الذي يعقُبُ العقدَ، فيتعيّنُ، بخلافِ ما إذا قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ شهرًا أو أعتكِفَ شهرًا أنّ له أنْ يصومَ ويعتكِفَ أيّ شهرٍ أحبّ [٢]، ولا يتعيّنُ الشّهرُ الذي يَلي النّذْرَ؛ لأنّ تَعَيُّنَ الوقتِ ليس بشرطٍ لصحّةِ النّذْرِ فوَجَبَ المنذورُ به في شهرٍ [٣] مُنكّرٍ، فلَه أنْ يُعَيِّنَ أيّ شهرٍ شاء.

ولو آجَرَ دارَه شهرًا أو شُهورًا معلومةً فإنْ وقَعَ العقدُ في غرّةِ الشّهرِ يقعُ على الأهِلّةِ، بلا خلافٍ حتّى لو نَقَصَ الشّهرُ يومًا كان عليه كمالُ الأُجْرةِ لأنّ الشّهرَ اسمٌ للهِلالِ، وإنْ وقَعَ بعدَ ما مضى بعضُ الشّهرِ ففي إجارةِ الشّهرِ يقعُ على ثلاثينَ يومًا بالإجماعِ لتَعَذُّرِ اعتبارِ الأهِلّةِ فتُعْتَبَرُ بالأيّامِ.

وأمّا في إجارةِ الشّهرِ: ففيها رِوايَتانِ عن أبي حنيفةَ: في رِوايةٍ اعتبَرَ الشُّهورَ كُلّها بالأيّامِ، وفي رِوايةٍ اعتبَرَ تكميلَ هذا الشّهرِ بالأيّامِ من الشّهرِ الأخيرِ والباقي بالأهِلّةِ، وهكذا ذَكَرَ في الأصلِ فقال: إذا استأجَرَ سَنةً أوّلُها هذا اليومُ وهذا اليومُ لأربعةَ عشرَ من الشّهرِ فإنّه يَسْكُنُ بقيّةَ هذا الشّهرِ، وأحدَ عشرَ شهرًا بالأهِلّةِ، وسِتّةَ عشرَ يومًا من الشّهرِ الأخيرِ، وهذا غَلَطٌ وقَعَ من الكاتِبِ، والصّحيحُ أنْ يُقال: وأربعةَ عشرَ يومًا؛ لأنّ سِتّةَ عشرَ يومًا قد سَكَنَ فلم يَبْقَ لتَمامِ الشّهرِ بالأيّامِ إلاّ أربعةَ عشرَ يومًا.

وهكذا ذَكَرَ في بعضِ النُّسَخِ، وإنّما يَسْكُنُ سِتّةَ عشرَ يومًا إذا كان سَكَنَ أربعةَ عشرَ يومًا، وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ.

ووَجْهُه: ما ذَكَرْنا في كِتاب الطّلاقِ؛ لأنّ [٤] اسمَ الشُّهورِ للأهِلّةِ إذِ الشّهرُ اسمٌ للهِلالِ لُغةً، إلاّ أنّه لا يُمْكِنُ اعتِبارُ الأهِلّةِ في الشّهرِ الأوّلِ فاعتُبرَ فيه الأيّامُ ويُمْكِنُ فيما بعدَه فيُعْمَلُ بالأصلِ؛ ولأنّ كُلّ جزءٍ من أجزاءِ المنفَعةِ معقودٌ عليه؛ لأنّه يتجدّدُ ويَحْدُثُ شيئًا

---

(١) في المخطوط: «إلى».
(٢) في المخطوط: «شاء».
(٣) في المخطوط: «وقت».
(٤) في المخطوط: «أن».

فشيئًا فيصيرُ عندَ تَمامِ الشّهرِ الأوّلِ كأنّه عَقَدَ الإجارة ابتِداءً فيُعْتَبَرُ بالأهِلّةِ بخلافِ العِدّةِ أنّه يُعْتَبَرُ فيها الأيّامُ على إحدى الرّوايتيْنِ؛ لأنّ كُلّ جزءٍ من أجزاءِ العِدّةِ ليس بعِدّةٍ؛ ولأنّ العِدّةَ فيها حقُّ اللّه تعالى فاعتُبرَ فيها زيادةُ العدَدِ احتياطًا، والإجارةُ حقُّ العبدِ فلا يدخلُه الاحتياطُ .

وجه الروايةِ الأخرى: أنّ الشّهرَ الأوّلَ يَكمُلُ بالأيّام بلا خلافٍ، وإنّما يَكمُلُ بالأيّام من الشّهرُ الثّاني فإذا كمُلَ بالأيّامِ من الشّهرُ الثّاني يصير أوّلُ الشّهرِ الثّاني بالأيّامِ، فيُكمَلُ من الشّهرِ الثّالِثِ وهكذا إلى آخَرِ الشُّهور .

ولو قال: أجَرْتُك هذه الدّارَ سَنةً كُلّ شهرٍ بدرهمٍ، جاز بالإجماعِ؛ لأنّ المُدّةَ معلومةٌ والأُجْرةَ معلومةٌ (فيجوز)[1] - ولا يملِكُ أحدُهما - الفسخُ قبل تَمامِ السّنةِ من غيرِ عُذْر .

ولو لم يَذْكُرِ السّنةَ فقال: أجَرْتُك هذه [٢/ ٢٢٤أ] الدّارَ كُلّ شهرٍ بدرهمٍ جاز في شهرٍ واحدٍ عندَ أبي حنيفةَ وهو الشّهرُ الذي يعقُبُ العقدَ كما في بيعِ العيْنِ بأنْ قال: بعْت منك هذه الصُّبْرةَ كُلّ قَفيزٍ منها بدرهمٍ أنّه لا يصحُّ إلاّ في قَفيزٍ واحدٍ عندَه؛ لأنّ جملةَ الشُّهورِ مجهولةٌ، فأمّا الشّهرُ الأوّلُ فمعلومٌ وهو الذي يعقُبُ العقدَ .

وذَكَرَ القُدوريُّ أنّ الصّحيحَ من قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ أنّه لا يجوزُ أيضًا، وفرّقا بين الإجارةِ وبيعِ العيْنِ من حيثُ إنّ كُلّ شهرٍ لا نِهايةَ له فلا يكونُ المعقودُ عليه معلومًا بخلافِ الصُّبْرةِ؛ لأنّه يُمْكِنُ معرِفةُ الجملةِ بالكيْلِ، وعامّةُ مَشايِخِنا قالوا تجوزُ هذه الإجارةُ على قولِهما كُلُّ شهرٍ بدرهمٍ كما في بيعِ الصُّبْرةِ كُلُّ قَفيزٍ بدرهمٍ وفي بيعِ المذروعِ كُلُّ ذِراعٍ بدرهمٍ .

وعندَ أبي حنيفة: لا يجوزُ البيعُ في المذروعِ في الكُلِّ لا في ذِراعٍ واحدٍ ولا في الباقي .

وفي المكيلِ والموزونِ يجوزُ في واحدٍ ولا يجوزُ في الباقي في الحالِ، إلاّ إذا عَلِمَ المُشْتَري جملَتَه في المجلسِ؛ لأنّ بيعَ قَفيزٍ من صُبْرةٍ جائزٌ؛ لأنّ الجهالةَ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ لعَدَمِ التّفاوُتِ بين قَفيزٍ وقَفيزٍ فأمّا بيعُ ذِراعٍ من ثَوْبٍ فلا يجوزُ لتَفاوُتِ[2] في أجزاءِ الثّوب فيُفْضي إلى المُنازَعةِ[3] .

---

(١) في المطبوع: «فلا يجوز». (٢) في المخطوط: «التفاوت».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٢٨)، مختصر الطحاوى (ص١٣٠).

وقال الشّافعيُّ: هذه الإجارةُ فاسِدةٌ واعتَبَرَها ببيعِ كُلِّ ثَوْبٍ من هذه الأثْواب بدرهمٍ [(١)]، وهذا الاعتِبارُ غيرُ سَديدٍ لأنّ الثّيابَ تختَلِفُ في أنفُسِها اختلافًا فاحِشًا، ولا يُمْكِنُ تعيينُ واحدٍ منها لاختلافِها، فأمّا الشُّهورُ فإنّها لا تختَلِفُ فيتعَيّنُ واحدٌ منها للإجارةِ عندَ أبي حنيفةَ وهو الشّهرُ الأوّلُ لما بيّنّا، وإذا جاز في الشّهرِ الأوّلِ لا غيرَ عندَ أبي حنيفة فلِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يَتْرُكَ الإجارةَ عندَ تَمامِ الشّهرِ الأوّلِ، فإذا دخلَ الشّهرُ الثّاني ولم يَتْرُكْ أحدُهما انعَقَدَتِ الإجارةُ في الشّهرِ الثّاني؛ لأنّه إذا مضى الشّهرُ الأوّلُ ولم يَتْرُكْ أحدُهما فقد تَراضَيا على انعِقادِ العقدِ في الشّهرِ الثّاني فصارا كأنّهما جَدّدا العقدَ، وكذا هذا عندَ مُضيِّ كُلِّ شهرٍ بخلافِ ما إذا أجَرَ شهرًا، وسَكَتَ ولم يَقُلْ كُلّ شهرٍ؛ لأنّ هناك لم يَسْبِقْ منه شيءٌ يُبْنَى عليه العقدُ في الشّهرِ الثّاني.

ثُمّ اختلف مَشايِخُنا في وقتِ الفسخِ وكَيْفيّتِه قال بعضُهم: إذا أَهَلّ الهِلالُ يقولُ أحدُهما على الفوْرِ: فسَخْتُ الإجارةَ فإذا قال ذلك لا يَنْعَقِدُ في الشّهرِ الثّاني، وإنْ سَكَتا عنه انعَقَدَتْ.

وقال بعضُهم: يَفْسَخُ أحدُهما الإجارةَ في الحالِ، فإذا جاءَ رأسُ الشّهرِ عَمِلَ ذلك الفسخُ السّابقُ.

وقال بعضُهم: يَفْسَخُ أحدُهما لَيْلةَ الهِلالِ أو يومَها وإنْ سَكَتا حتّى غَرَبَتِ الشّمسُ من اليومِ الأوّلِ انعَقَدَتِ الإجارةُ في الشّهرِ الثّاني.

[وهذا أَصَحُّ الأقاويلِ، ومعنى الفسخُ ههنا هو مَنْعُ انعِقادِ الإجارةِ في الشّهرِ الثّاني] [(٢)]؛ لأنّه رَفْعُ العقدِ الموجودِ من الأصلِ.

ولو استَأجَرَ دَلْوًا وبَكَرةً ليَسْقيَ غَنَمَه ولم يَذْكُرِ المُدّةَ لم يَجز؛ لأنّ قدرَ الزّمانِ الذي يَسْقي فيه الغنَمَ غيرُ معلومٍ فكان قدرُ المعقودِ عليه مجهولاً وإنْ بيّنَ المُدّةَ جاز؛ لأنّه صار معلومًا ببيانِ المُدّةِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا بيانُ ما يُستَأجرُ له في هذا النّوعِ من الإجارةِ: أعني إجارةَ المنازِلِ ونحوِها فليس

---

(١) مذهب الشافعية: أنه إذا قال أكريتها كل سنة بدينار ولم يسم أول السنين وآخرها، فهو فاسد، انظر: المهذب (١/ ٤٠٣).
(٢) ليست في المخطوط.

بشرطٍ، حتّى لو استأجَرَ شيئًا من ذلك ولم يُسَمِّ ما يعملُ فيه جاز، وله أنْ يَسْكُنَ فيه نفسُه ومع غيرِه، وله أنْ يُسْكِنَ فيه غيرَه بالإجارةِ والإعارةِ، وله أنْ يَضَعَ فيه مَتاعًا، أو غيرَه، غيرَ أنّه لا يَجْعَلُ فيه حَدّادًا، ولا قَصّارًا، ولا طَحّانًا، ولا ما يَضُرُّ بالبناءِ ويوهِنُه، وإنّما كان كذلك لأنّ الإجارةَ شُرِعَتْ للانتِفاعِ، والدّورُ والمنازِلُ والبُيوتُ ونحوُها مُعَدّةٌ للانتِفاعِ بها بالسُّكنَى، ومَنافِعُ العقارِ المُعَدّةُ [1] للسُّكنَى مُتَقارِبةٌ [2]؛ لأنّ النّاسَ لا يتفاوَتونَ في السُّكنَى، فكانت معلومةً من غيرِ تَسْميةٍ.

وكذا المنفَعةُ لا تَتَفاوَتُ بكَثْرةِ السُّكّانِ وقِلّتِهم إلاّ تَفاوُتًا يَسيرًا، وأنّه مُلْحقٌ بالعدَمِ ووَضْعُ المتاعِ من تَوابعِ السُّكنَى.

وذَكَرَ في الأصلِ أنّ له أنْ يَرْبطَ في الدّارِ دابّتَه، وبَعيرَه، وشاتَه؛ لأنّ ذلك من تَوابعِ السُّكنَى.

وقيلَ إنّ هذا الجوابَ على عادةِ أهلِ الكوفةِ، والجوابُ فيه يختلِفُ باختلافِ العادةِ، فإنْ كان في موضِعٍ جَرَتِ العادةُ بذلك فلَه ذلك وإلاّ فلا، وإنّما لم يكنْ له أنْ يُقْعِدَ فيه مَنْ يَضُرُّ بالبناءِ ويوهِنُه من القصّارِ والحدّادِ والطّحّانِ؛ لأنّ ذلك إتْلافُ العيْنِ، [وأنّه] لم يدخل تحت العقدِ، إذِ الإجارةُ بيعُ المنفَعةِ لا بيعُ العيْنِ؛ ولأنّ مُطْلَقَ العقدِ يَنْصَرِفُ إلى المُعْتادِ.

والظّاهرُ أنّ الحانوتَ الذي يكونُ في صَفِّ البزّازينَ أنّه لا يُؤاجَرُ لعَمَلِ الحدّادِ والقصّارِ والطّحّانِ؛ فلا يَنْصَرِفُ (مُطْلَقُ العقدِ) [3] إليه، إذِ المُطْلَقُ محمولٌ على العادةِ فلا يدخلُ غيرُه في العقدِ إلاّ بالتّسْميةِ أو بالرِّضا، حتّى لو آجَرَ حانوتًا في صَفِّ الحدّادينَ من حَدّادٍ يدخلُ عَمَلُ الحِدادةِ [٢/ ٢٢٤ب] فيه من غيرِ تَسْميةٍ للعادةِ، وإنّما كان له أنْ يُؤاجِرَ من غيرِه ويُعيرَ [4]؛ لأنّه مَلَكَ المنفَعةَ فكان له أنْ يُؤاجِرَ [5] من غيرِه بعِوَضٍ وبغيرِ عِوَضٍ.

وأمّا في إجارةِ الأرضِ فلا بُدّ فيها من بيانِ ما تُسْتَأْجَرُ له من الزِّراعةِ والغَرْسِ والبناءِ وغيرِ ذلك، فإنْ لم يُبيِّنْ كانتِ الإجارةُ فاسِدةً، إلاّ إذا جعل له أنْ يَنْتَفِعَ بها بما شاء.

---

(١) في المخطوط: «المعد».
(٢) في المخطوط: «غير متفاوتة».
(٣) في المخطوط: «المطلق».
(٤) في المخطوط: «ويغير».
(٥) في المخطوط: «يملك».

وكذا إذا استَأجَرَها للزِّراعةِ فلا بُدّ من بيانِ ما يَزرَعُ فيها أو يَجْعَلُ له أنْ يَزْرَعَ فيها ما شاء، وإلاّ فلا يجوزُ العقدُ؛ لأنّ مَنافِعَ الأرضِ تختَلِفُ باختلافِ البناءِ والغرْسِ والزِّراعة.

وكذا المزْروعُ يختلِفُ، منه ما يُفْسِدُ الأرضَ، ومنه ما يُصْلِحُها، فكان المعقودُ عليه مجهولاً جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ فلا بُدّ من البيانِ بخلافِ السُّكنَى فإنّها لا تختَلِفُ، وَأمّا في إجارةِ الدّوابِّ فلا بُدّ فيها من بيانِ أحدِ الشّيئَيْنِ: المُدّةِ أو المكانِ فإنْ لم يُبيّنْ أحدُهما فسَدَتْ؛ لأنّ تَرْكَ البيانِ يُفْضي إلى المُنازَعةِ.

وعلى هذا يَخرُجُ ما إذا استَأجَرَ دابّةً يُشَيِّعُ عليها رجلاً أو يتلَقّاه إنّ الإجارةَ فاسِدةٌ، إلاّ أنْ يُسَمّيَ موضِعًا معلومًا لما قُلْنا.

وكذا إذا استَأجَرَها إلى الجبّانةِ؛ لأنّ الجبّانةَ تختَلِفُ أوّلُها وأوسَطُها وآخِرُها؛ لأنّها موضِعٌ واسِعٌ تَتَباعَدُ أطْرافُها وجَوانِبُها، بخلافِ ما إذا استَأجَرَ دابّةً إلى الكوفةِ أنّه يصحُّ العقدُ وإنْ كان أطْرافُها وجَوانِبُها مُتَباعِدةً؛ لأنّ المكان هناك معلومٌ بالعادةِ وهو منزلُه الذي بالكوفةِ؛ لأنّ الإنسانَ إذا استَأجَرَ إلى بَلَدِه فإنّما يَسْتَأجِرُ إلى بيتِه.

ألا تَرَى أنّه ما جَرَتِ العادةُ بين المُكارينَ بطرْحِ الحُمولاتِ على أوّلِ جزءٍ من البلَدِ؟ فصار منزلُه بالكوفةِ مَذْكورًا دَلالةً والمذكورُ دَلالةً، كالمذكورِ نصًّا، ولا عادةَ في الجبّانةِ على موضِعٍ بعَيْنِه حتّى يُحمَلَ العقدُ عليه، حتّى لو كان في الجبّانةِ موضِعٌ لا يُرْكَبُ إلاّ إليه يصحُّ العقدُ ويَنْصَرِفُ إليه كما يصحُّ إلى الكوفةِ.

ولو تكاراها بدرهمٍ يَذْهَبُ عليها إلى حاجةٍ له لم يَجز ما لم يُبيِّنِ المكانَ؛ لأنّ الحوائجَ تختَلِفُ، منها ما يَنْقضي بالرُّكوب إلى موضِعٍ [قريب] (١). ومنها ما لا يَنْقضي إلاّ بقَطْعِ مسافةٍ بَعيدةٍ فكانتِ المنافِعُ مجهولةً فتَفْسُدُ الإجارة.

وذَكَرَ في الأصلِ إذا تَكارَى دابّةً من الفُراتِ إلى جُعْفيٍّ وجُعْفيٌّ قَبيلَتانِ بالكوفةِ ولم يُسَمِّ إحداهما، أو إلى الكُناسةِ وفيها كُناسَتانِ ولم يُسَمِّ إحداهما، أو إلى بَجيلةَ وبها بَجيلَتانِ الظّاهرةُ والباطِنةُ ولم يُسَمِّ إحداهما، إنّ الإجارةَ فاسِدةٌ؛ لأنّ المكان مجهولٌ ولا بُدّ فيها من بيانِ ما يَسْتَأجِرُ له في الحمْلِ والرُّكوب؛ لأنّهما مَنْفَعَتانِ مُخْتَلِفَتانِ وبعدَ بيانِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

ذلك لا بُدّ من بيانِ ما يُحمَلُ عليها ومَنْ يَرْكَبُها؛ لأنّ الحمْلَ يتفاوَتُ بتفاوُتِ المحمولِ والنّاسُ يتفاوَتونَ في الرُّكوب فترْكُ البيانِ يُفْضي إلى المُنازَعةِ.

وذَكَرَ في الأصلِ إذا استأجَرَ بَعيرَيْنِ من الكوفةِ إلى مَكّةَ فحَمَلَ على أحدِهما محمَلاً فيه رجلانِ وما (يصْلُحُ لهما) [١] من الوِطاءِ [٢] والدُّثُرِ [٣] وقد رأى الرّجُلَيْنِ ولم يَرَ الوِطاءَ والدُّثُرَ، وأحدُهما زامِلةٌ [٤] يَحمِلُ عليها كذا كذا محتومًا من السّويقِ، والدّقيقِ وما يُصْلِحُهما من الزّيْتِ والخلِّ والمعاليقِ ولم يُبيِّنْ ذلك، واشترطَ عليه ما يَكتَفي به من الماءِ ولم يُبيِّنْ ذلك، فهذا كُلُّه فاسِدٌ بالقياسِ، ولكنْ قال أبو حنيفةَ: أستَحْسِنُ ذلك.

وجه القياسِ أنّه شرَطَ عَمَلاً مجهولاً؛ لأنّ قدرَ الكِسْوةِ والدِّثارِ يختلِفُ باختلافِ النّاسِ فصارتِ المنافِعُ مجهولةً.

وجه الاستِحْسانِ: إنّ النّاسَ يفعلونَ ذلك من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا فكان ذلك إسقاطًا منهم اعتِبارَ هذه الجهالةِ فلا يُفْضي إلى المُنازَعةِ.

وإنِ اشترطَ المُسْتَأجِرُ أنْ يَحمِلَ عليه من هَدايا مَكّةَ من صالِحِ ما يَحمِلُ النّاسُ فهو جائزٌ؛ لأنّ قدرَ الهَدايا يُعْلَمُ بالعادةِ، وهذا مِمّا يفعلُه [٥] النّاسُ في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نَكيرٍ، وإنْ بيّنَ وزْنَ المعاليقِ ووَصَفَ ذلك، والهَدايا أحبُّ إلَيْنا؛ لأنّه [٦] يجوزُ قياسًا واستِحْسانًا وذلك يكونُ أبْعَدَ من الخُصومةِ لذلك قال: أحبُّ إلَيْنا، ولِكُلِّ مَحَلٍّ قِرْبَتَيْنِ من ماءٍ وإداوَتَيْنِ من أعظَمِ ما يكونُ لأنّ هذا كُلّه يصيرُ معلومًا بالعادةِ وذِكرُه أفْضَلُ.

وكذا الخيْمةُ والقُبّةُ وذِكرُه أفْضَلُ لما قُلْنا، وفي استِئْجارِ العبدِ للخدمةِ، والثّوب للُّبْسِ، والقِدْرِ للطّبْخِ لا بُدّ من بيانِ المُدّةِ لما قُلْنا.

والقياسُ أنْ يُشْتَرَطَ بيانُ نوعِ الخدمةِ في استِئْجارِ العبدِ للخدمةِ؛ لأنّ الخدمةَ تختَلِفُ فكانت مجهولةً.

---

(١) في المخطوط: «صلحها».
(٢) **الوِطَاء**: ضد الغطاء، وهو المهاد الوَطِئ. انظر مختار الصحاح ص (٣٠٣)، المعجم الوجيز ص (٦٧٣).
(٣) **الدُّثُر**: جمع دِثَار: وهو الغطاء: انظر المعجم الوجيز ص (٢٢١).
(٤) **الزّامِلة**: البعير الذي يُحمل عليه الطعام والمتاع. النهاية (٢/ ٣١٣).
(٥) في المخطوط: «يتعامله».
(٦) في المخطوط: «أنه».

وفي الاستحسان: لا يُشْتَرَطُ ويَنْصَرِفُ إلى المُتَعارَفِ وليس له أنْ يُسافِرَ به فلا بُدّ من بيانِ ما يَلْبَسُ وما يَطْبُخُ في القِدْرِ؛ لأنّ اللُّبْسَ يختلِفُ باختلافِ [٢/ ٢٢٥أ] اللاّبسِ، والقِدْرُ يختلِفُ باختلافِ المطْبوخِ فلا بُدّ من البيانِ ليصيرَ المعقودُ عليه معلومًا فإنِ اختَصَما حين وقَعَتِ الإجارةُ في هذه الأشياءِ قبل أنْ يَزْرَعَ أو يَبنيَ أو يَغْرِسَ أو قبل أنْ يَحمِلَ على الدّابّةِ أو يَرْكبَها أو قبل أنْ يَلْبَسَ الثوبَ أو يَطْبُخَ في القِدْرِ فإنّ [١] القاضيَ يَفْسَخُ الإجارةَ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ فاسِدًا، ورَفْعُ الفسادِ واجِبٌ حقًّا للشّرعِ، فإنْ زَرَعَ الأرضَ وحَمَلَ على الدّابّةِ ولبسَ الثّوبَ، وطَبَخَ في القِدْرِ فمَضَتِ المُدّةُ فلَه ما سُمّيَ استِحْسانًا.

والقياس: أنْ يكونَ له أجرُ المثلِ؛ لأنّه استَوْفَى المنفَعةَ بعقدٍ فاسِدٍ، واستيفاءُ المنفَعةِ بعقدٍ فاسِدٍ يوجِبُ أجرَ المثلِ لا المُسَمّى.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُفْسِدَ جَهالةُ المعقودِ عليه، والمعقودُ عليه قد تَعَيّنَ بالزِّراعةِ، والحمْلِ واللُّبْسِ والطّبْخِ فزالَتِ الجهالةُ، فقد استوْفيَ المعقودُ عليه في عقدٍ صَحيحٍ فيجبُ كمالُ المُسَمّى كما لو كان مُتَعَيّنًا في الابتِداءِ.

ولو فسَخَ القاضي الإجارةَ ثُمّ زرَعَ أو حَمَلَ [أو لَبسَ] [٢] أو غيرَ ذلك لا يجبُ شيءٌ؛ لأنّ القاضيَ لَمّا نَقضَ العقدَ فقد بَطَلَ العقدُ فصار مُسْتعمِلاً مالَ الغيرِ من غيرِ عقدٍ فصار غاصِبًا، والمنافِعُ على أصلِنا لا تَتَقَوّمُ إلاّ بالعقدِ الصّحيحِ أو الفاسِدِ، ولم يوجدْ.

ومنها: بيانُ العمَلِ في استِئْجارِ الصُّنّاعِ والعُمّالِ؛ لأنّ جَهالةَ العمَلِ في الاستِئْجارِ على الأعمالِ جَهالةٌ مُفْضيةٌ إلى المُنازَعةِ فيَفْسُدُ العقدُ حتّى لو استَأْجَرَ عامِلاً ولم يُسَمِّ له العمَلَ من القِصارةِ والخياطةِ والرّعْيِ ونحوِ ذلك لم يَجُزِ العقدُ، وكذا بيانُ المعمولِ فيه في الأجيرِ المُشْتَرَكِ، إمّا بالإشارةِ والتّعْيينِ، أو ببيانِ الجِنْسِ والنّوعِ والقدرِ والصِّفةِ في ثَوْبِ القِصارةِ والخياطةِ وبيانِ الجِنْسِ والقدرِ في إجارةِ الرّاعي من الخيْلِ أو الإبلِ أو البقرِ أو الغنَمِ وعَدَدِها؛ لأنّ العمَلَ يختلِفُ باختلافِ المعمولِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا استَأْجَرَ حَفّارًا ليَحْفِرَ له بئْرًا أنّه لا بُدّ من بيانِ مَكانِ الحفْرِ وعُمْقِ البئْرِ وعَرْضِها؛ لأنّ عَمَلَ الحفْرِ يختلِفُ باختلافِ عُمْقِ المحفورِ وعَرْضِه ومَكانِ الحفْرِ من الصّلابةِ والرّخاوةِ فيُحْتاجُ إلى البيانِ ليصيرَ المعقودُ عليه معلومًا.

(١) في المخطوط: «قال».
(٢) ليست في المخطوط.

وهل يُشْتَرَطُ فيه بيانُ المُدّةِ؟ أمّا في استِئْجارِ الرّاعي المُشْتَرَكِ فيُشْتَرَطُ؛ لأنّ قدرَ المعقودِ عليه لا يصيرُ معلومًا بدونِه .

وأمّا في استِئْجارِ القصّارِ المُشْتَرَكِ والخيّاطِ المُشْتَرَكِ فلا يُشْتَرَطُ حتّى لو دَفَعَ إلى خيّاطٍ أو قَصّارٍ أثْوابًا معلومةً ليَخيطَها أو ليُقَصِّرَها جاز من غيرِ بيانِ المُدّةِ؛ لأنّ المعقودَ عليه يصيرُ معلومًا بدونِه .

وأمّا في الأجيرِ الخاصِّ فلا يُشْتَرَطُ بيانُ جِنْسِ المعمولِ فيه ونوعِه وقدرِه وصِفَتِه، وإنّما يُشْتَرَطُ بيانُ المُدّةِ فقَطْ .

وبيانُ المُدّةِ في استِئْجارِ الظِّئْرِ شرطُ جَوازِه بمنزلةِ استِئْجارِ العبدِ للخدمةِ؛ لأنّ المعقودَ عليه هو الخدمةُ، فما جاز فيه جاز في الظِّئْرِ وما لم يَجز فيه لم يَجز فيها، إلاّ أنّ أبا حنيفةَ استَحْسَنَ في الظِّئْرِ أنْ تُسْتَأْجَرَ بطعامِها وكِسْوَتِها لما نَذْكُرُه في موضِعِه إنْ شاء اللّه تعالى .

ولو استَأْجَرَ إنسانًا ليَبيعَ له ويشتريَ ولم يُبيِّنِ المُدّةَ لم يَجز لجَهالةِ قدرِ مَنْفَعةِ البيعِ والشِّراءِ، ولو بيّنَ المُدّةَ بأنِ استَأْجَرَه شهرًا ليَبيعَ له ويشتريَ جاز؛ لأنّ قدرَ المنفَعةِ صار معلومًا ببيانِ المُدّةِ .

وما رُوِيَ عن بعضِ الصّحابةِ رضي الله عنهم [أنه] (١) قال: كُنّا نَبيعُ (٢) في أسواق المدينةِ ونُسَمّي أنفُسَنا السّماسِرةَ (٣) فخرج علينا رسولُ اللّه ﷺ وسَمّانا بأحْسَنِ الأسماءِ فقال ﷺ: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنَّ بَيْعَكُمْ هَذَا يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالْكَذِبُ فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ» (٤)

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) في المخطوط: «نتبايع».

(٣) السمسرة لغة: هي التجارة، قال الخطابي: السمسار لفظ أعجمي، وكان كثير ممن يعالج البيع والشراء فيهم عجما، فتلقوا هذا الاسم عنهم، فغيره رسول الله ﷺ إلى التجارة التي هي من الأسماء العربية.
والسمسرة اصطلاحا: هي التوسط بين البائع والمشتري، والسمسار هو: الذي يدخل بين البائع والمشترى متوسطًا لإمضاء البيع، وهو المسمى الدلال، لأنه يدل المشتري على السلع، ويدل البائع على الأثمان. وانظر الموسوعة الفقهية (١٠/ ١٥١).

(٤) صحيح: رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في التجارة يخالطها الحلف واللغو، حديث (٣٣٢٦)، والترمذي، حديث (١٢٠٨)، والنسائي، حديث (٧٩٧)، وابن ماجه، حديث (٢١٤٥)، والطيالسي في مسنده، ص (١٦٧)، حديث (١٢٠٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥)، حديث (٢١٣٨)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٦٥)، حديث (١٠١٨٥)، والطبراني في الأوسط (٤/ ٢١٢)، حديث (٤٠٠٤)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع (٧٩٧٤).

والسِّمْسارُ: هو الذي يَبيعُ أو يشتري لغيرِه بالأُجْرةِ فهو محمولٌ على ما إذا كانتِ المُدّةُ معلومةً.

وكذا إذا قال: بعْ لي هذا الثّوبَ ولكَ درهمٌ وبيّنَ المُدّةَ وإنْ لم يُبيِّنْ فباعَ واشترى فلَه أجرُ مثلِ عَمَلِه؛ لأنّه استَوْفَى مَنْفَعتَه بعقدٍ فاسِدٍ.

قال الفضْلُ بنُ غانِمٍ: سَمِعْتُ أبا يوسُفَ يقول [(١)]: لا بَأْسَ أنْ يَسْتَأْجِرَ القاضي رجلاً مُشاهَرةً على أنْ يَضْرِبَ الحُدودَ بين يَدَيْه، وإنْ كان غيرَ مُشاهَرةٍ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّها إذا كانت مُشاهَرةً كان المعقودُ عليه معلومًا ببيانِ المُدّةِ [(٢)] ويَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ فيها بتَسْليمِ النّفسِ عَمِلَ أو لم يعمل، وإذا لم يَذْكُرِ الوقتَ بقيَ المعقودُ عليه مجهولاً؛ لأنّ قدرَ الحُدودِ التي سَمّاها غيرُ معلومٍ وكذا مَحَلُّ الإقامةِ مجهولٌ.

وَذَكَرَ محمّدٌ في (السّيَرِ الكبيرِ): إذا استَأْجَرَ الإمامُ رجلاً ليقتُلَ المُرْتَدّينَ والأُسارَى لم يَجز عندَ أصحابنا، وإنِ استأْجَره لقَطْعِ اليدِ جاز، ولا فرقَ بينهما عندي، والإجارةُ جائزةٌ فيهما. هكذا ذَكَرَ محمّدٌ وأرادَ بقولِه: «أصحابنا»: أبا يوسُفَ وأبا حنيفةَ.

وعلى هذا الخلافِ إذا [٢/ ٢٢٥ب] استأْجَرَ رجلٌ رجلاً لاستيفاءِ القِصاصِ في النّفسِ.

وجه قولِه: أنّه استَأْجَرَه لعَمَلٍ معلومٍ، وهو القتلُ ومَحَلُّه معلومٌ وهو العُنُقُ إذْ لا يُباحُ له العُدولُ عنه فيجوزُ كما لو استَأْجَرَه لقَطْعِ اليدِ وذَبْحِ الشّاةِ، ولهُمَا: أنّ مَحَلّه من العُنُقِ ليس بمعلومٍ بخلافِ القطْعِ فإنّ مَحَلّه من اليدِ معلومٌ وهو المفْصِلُ، وكذا مَحَلُّ الذّبْحِ الحُلْقومُ والودَجانِ وذلك [معلومٌ] [(٣)].

وقال ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ في رجلٍ قال لرجلٍ اقْتُلْ هذا الذِّئْبَ أو هذا الأسَدَ ولك درهمٌ وهما صَيْدٌ لَيْسا للمُسْتَأْجِرِ فقتَلَه: فإنّ له أجرَ مثلِه لا أُجاوِزُ به درهمًا؛ لأنّ الأسَدَ والذِّئْبَ إذا لم يكونا في يَدِه فيُحْتاجَ في قَتْلِهما إلى المُعالَجةِ فكان العَمَلُ مجهولاً، وإنّما وجَبَ عليه أجرُ المثلِ؛ لأنّه استَوْفَى المنفَعةَ بعقدٍ فاسِدٍ ويكونُ الصّيْدُ للمُسْتَأْجِرِ؛ لأنّ قَتْلَ الصّيْدِ سببٌ لتَمَلُّكِه وعَمَلُ الأجيرِ يقعُ للمُسْتَأْجِرِ فصار كأنّه قَتَلَه بنفسِه.

---

(١) في المطبوع: «قال».
(٢) في المخطوط: «الوقت».
(٣) ليست في المخطوط.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا قال لرجلٍ: استَأجَرْتُك لتَخيطَ هذا الثّوبَ اليومَ، أو لتُقَصِّرَ هذا الثّوبَ اليومَ، أو لتخبزَ قَفيزَ دَقيقٍ اليومَ، أو قال: استَأجَرْتُك هذا اليومَ لتَخيطَ هذا الثّوبَ، أو لتُقَصِّرَ، أو لتخبزَ قَدّمَ اليومَ أو أخّرَه أنّ الإجارةَ فاسِدةٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: جائزةٌ.

وعلى هذا الخلافِ إذا استَأجَرَ الدّابّةَ إلى الكوفةِ أيّامًا مُسَمّاةً فالإجارةُ فاسِدةٌ عندَه، وعندَهما جائزةٌ.

وجه قولِهما: إنّ المعقودَ عليه هو العمَلُ؛ لأنّه هو المقصودُ والعمَلُ معلومٌ، فأمّا ذِكرُ المُدّةِ فهو للتعجيل [1] فلم تكُنِ المُدّةُ معقودًا عليها، فذِكرُها لا يمْنَعُ جَوازَ العقدِ، وإذا وقَعَتِ الإجارةُ على العمَلِ فإنْ فرَغَ منه قبل تَمامِ [المُدّةِ أي] [2] اليومَ فلَه كمالُ الأجرِ، وإنْ لم يَفْرُغْ منه في اليومِ فعليه أنْ يعملَه في الغدِ، كما إذا دَفَعَ إلى خَيّاطٍ ثَوْبًا ليُقَطِّعَه [ويَخيطَه] قَميصًا على أنْ يَفْرُغَ منه في يومِه هذا، أو اكترَى من رجلٍ إبلاً إلى مَكّةَ على أنْ يُدْخِلَه إلى عِشْرينَ لَيْلةٍ كُلُّ بَعيرٍ بعشرةِ دَنانيرَ مَثَلاً ولم يَزِدْ على هذا أنّ الإجارةَ جائزةٌ، ثُمّ إنْ وفَى بالشّرطِ أخذ المُسَمّى وإنْ لم يَفِ به فلَه أجرُ مثلِه لا يُزادُ على ما شرَطَه.

ولأبي حنيفة: أنّ المعقودَ عليه مجهولٌ؛ لأنّه ذَكَرَ أمرَيْنِ كُلُّ واحدٍ منهما يجوزُ أنْ يكونَ معقودًا عليه، أعني العمَلَ والمُدّةَ أمّا العمَلُ فظاهرٌ، وكذا ذِكرَ المُدّةَ بدَليلِ أنّه لو استَأجَرَه [3] يومًا للخِبازةِ من غيرِ بيانِ قدرِ ما يَخْبزُ جاز وكان الجوابُ باعتِبارِ أنّه جعل المعقودَ عليه المنفَعةَ، والمنفَعةُ مُقَدّرةٌ بالوقتِ، ولا يُمْكِنُ الجمْعُ بينهما في كونِ كُلِّ واحدٍ منهما معقودًا عليه لأنّ حُكمَهما مُخْتَلِفٌ؛ لأنّ العقدَ على المُدّةِ يقتَضي وجوبَ الأجرِ من غيرِ عَمَلٍ؛ لأنّه يكونُ أجيرًا خالِصًا، والعقدُ على العمَلِ يقتَضي وجوبَ الأجرِ بالعمَلِ؛ لأنّه يصيرُ أجيرًا مُشْتَرَكًا، فكان المعقودُ عليه أحدَهما، وليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ فكان مجهولاً، وجَهالةُ المعقودِ عليه توجِبُ فسادَ العقدِ بخلافِ تلك المسألةِ؛ لأنّ قولَه على أنْ يَفْرُغَ منه في يومي هذا ليس جَعْلُ الوقتِ معقودًا عليه بل هو بيانُ صِفةِ العمَلِ، بدَليلِ أنّه لو لم يعمل في اليومِ وعَمِلَ في الغدِ يَسْتَحِقُّ أجرَ المثلِ.

---

(١) في المطبوع: «التعجيل».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «استأجر».

ولو قال: أجَرْتُك هذه الدّارَ شهرًا بخمسةِ دراهمَ، أو هذه الأُخرى شهرًا بعشرةِ دراهمَ، أو كان [(١)] هذا القولُ في حانوتَيْنِ أو عبدَيْنِ أو مسافتَيْنِ مُخْتَلِفتَيْنِ بأنْ قال: أجَرْتُك هذه الدّابّةَ إلى واسِطَ بكذا أو إلى مَكّةَ بكذا فذلك جائزٌ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ استِحْسانًا [(٢)]، وعندَ زُفَرَ والشّافعيِّ: لا يجوزُ قياسًا.

وعلى هذا إذا خَيّرَه بين ثلاثةِ أشياءَ، وإنْ ذَكَرَ أربعةً لم يَجز وعلى هذا أنواعُ الخياطةِ والصِّبْغِ أنّه إنْ ذَكَرَ ثلاثةً جاز عندَنا، ولا يجوزُ ما زادَ عليها كما في بيعِ العيْنِ.

وجه القياس: أنّه أضافَ [(٣)] العقدَ إلى أحدِ المذكورَيْنِ وهو مجهولٌ فلا يصحُّ؛ ولهذا لم يصحّ إذا أُضيفَ إلى أحدِ الأشياءِ الأربعةِ.

ولنا: أنّه خَيّرَه بين عقدَيْنِ معلومَيْنِ في مَحَلينِ مُتَقَوّمَيْنِ ببَدَلَيْنِ معلومَيْنِ كما لو قال: إنْ رَدَدْت الآبقَ من موضِعِ كذا فلَكَ كذا، وإنْ رَدَدْتَه من موضِعِ كذا فلَكَ كذا، وكَما لو قال: إنْ خِطْتَ هذا الثّوبَ فبدرهمٍ، وإنْ خِطْتَ هذا الآخَرَ فبدرهمٍ، وعَمَلُهما سَواءٌ، وكَما لو قال: إنْ سِرْت على هذه الدّابّةِ إلى موضِعِ كذا فبدرهمٍ، وإنْ سِرْت إلى موضِعِ كذا فبدرهمٍ، والمسافةُ سَواءٌ.

وأمّا قولُهما: إنّ العقدَ أُضيفَ إلى أحدِ المذكورينَ من غيرِ عَيْنٍ فنعَم لكنْ فوّضَ خيارُ التّعْيينِ إلى المُسْتأجِرِ، ومثلُ هذه الجهالةِ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ كجَهالةِ قَفيزٍ من الصُّبْرةِ؛ ولهذا جاز البيعُ فالإجارةُ أولى؛ لأنّها أوسَعُ من البيعِ.

ألا تَرَى أنّها تقبَلُ من الخطرِ ما لا يقبَلُه البيعُ؛ ولهذا جَوّزوا هذه الإجارةَ [٢/ ٢٢٦أ] من غيرِ شرطِ الخيارِ ولم يُجَوِّزوا البيعَ إلاّ بشرطِ الخيارِ، وكذلك إذا دَفَعَ إلى خَيّاطٍ ثَوْبًا فقال له: إنْ خِطْتَه فارِسيًا فلَكَ درهمٌ، وإنْ خِطْتَه روميًا فلَكَ درهمانِ، أو قال لصَبّاغٍ: إنْ صَبَغْت هذا الثّوبَ بعُصفرٍ فلَكَ درهمٌ، وإنْ صَبَغْته بزَعْفَرانٍ فلَكَ درهمانِ فذلك جائزٌ؛ لأنّه خَيّرَه بين إيفاءِ مَنْفَعَتَيْنِ معلومَتَيْنِ فلا جَهالةَ؛ ولأنّ الأجرَ على أصلِ أصحابنا لا يجبُ إلاّ بالعمَلِ، (وحين يأخُذُ) [(٤)] في أحدِ العمَلَيْنِ تَعَيّنَ ذلك الأجرُ، وهذا عندَ أصحابنا

---

(١) في المخطوط: «قال».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٩/ ١٣٥).
(٣) في المخطوط: «يضاف».
(٤) في المخطوط: «وحينما أخذ».

الثّلاثةِ، فأمّا عندَ زُفَرَ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ المعقودَ عليه مجهولٌ، والجوابُ ما ذَكَرْناه.

ولوقال: أجَرْتُك هذه الدّارَ شهرًا، على أنّك إنْ قَعَدْت فيها حَدّادًا فأجرُها عشرةٌ، وإنْ بعْت فيها الخزّ فخمسةٌ فالإجارةُ جائزةٌ في قولِ أبي حنيفةَ الأخيرِ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: الإجارةُ فاسِدةٌ.

وجه قولِهما: إنّ الأجرَ لا يجبُ بالسُّكنَى [1] وإنّما يجبُ بالتّسْليمِ وهو التّخْليةُ، وحالةُ التّخْليةِ لا يَدْري ما يَسْكُنُ فكان البدَلُ عندَه مجهولاً بخلافِ الرّوميّ، والفارِسيّ؛ لأنّ البدَلَ هناك يجبُ بابتِداءِ العمَلِ، ولا بُدّ وأنْ يَبْتَدِئَ بأحدِ العمَلَيْنِ، وعندَ ذلك يتعَيّنُ البدَلُ [2] ويصيرُ معلومًا عندَ وجودِه.

ولأبي حنيفةَ: أنّه خُيِّرَ بين مَنْفَعَتَيْنِ معلومَتَيْنِ فيجوزُ كما في خياطةِ الرّوميّةِ والفارِسيّةِ، وهذا لأنّ السُّكنَى وعَمَلَ الحِدادةِ مُخْتَلِفانِ، والعقدُ على واحدٍ منهما صَحيحٌ على الانفِرادِ فكذا على الجمْعِ.

وقولُهما: بأنّ الأجرَ ههنا يجبُ بالتّسْليمِ من غيرِ عَمَلٍ مُسلّمٌ، لكنّ العمَلَ يوجدُ ظاهرًا وغالبًا؛ لأنّ الانتِفاعَ عندَ التّمْكينِ من الانتِفاعِ هو الغالِب، فلا يجبُ الاحتِرازُ عنه، على أنّ بالتّخْليةِ [3] وهو التّمَكُّنُ من الانتِفاعِ يجبُ أقَلُّ الأجرَيْنِ [4]؛ لأنّ الزّيادةَ تجبُ بزيادةِ الضّرَرِ، ولم توجَدْ زيادةُ الضّرَرِ وأقَلُّ الأجرَيْنِ معلومٌ فلا يُؤَدّي إلى الجهالةِ، وهذا جَوابُ إمامِ الهُدَى الشّيخِ أبي مَنْصورٍ الماتُريديّ، وعلى هذا الخلافِ كُلُّ ما كان أجرُه يجبُ بالتّسْليمِ ولا يُعْلَمُ الواجِبُ به وقتَ التّسْليمِ فهو باطِلٌ عندَهما، وعندَ أبي حنيفةَ العقدُ جائزٌ، وأيُّ المتعينين [5] استوْفيَ، وجَبَ أجرُ ذلك كما سُمّيَ، وإنْ أمسَكَ الدّارَ ولم يَسْكُنْ فيها حتّى مَضَتِ المُدّةُ فعليه أقَلُّ المُسَمّيَيْنِ لما ذَكَرْنا [6] أنّ الزّيادةَ إنّما تجبُ باستيفاءِ مَنْفَعةٍ زائدةٍ ولم يوجدْ ذلك فلا يجبُ بالتّسْليمِ وهو التّخْليةُ إلاّ أقَلُّ الأجرَيْنِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا استأجَرَ دابّةً إلى الحيرةِ على أنّه إنْ حَمَلَ عليها شَعيرًا فبنصفِ

---

(١) في المخطوط: «إلا بالسكنى».
(٢) في المخطوط: «ذلك».
(٣) في المخطوط: «عند التخلية».
(٤) في المخطوط: «الضررين».
(٥) في المطبوع: «التعيين».
(٦) في المخطوط: «قلنا».

درهمٍ وإنْ حَمَلَ عليها حِنْطةً فبدرهمٍ، فهو جائزٌ على [١] قولِ أبي حنيفةَ الآخرِ، وعلى قولِهما لا يجوزُ، وكذلك إنِ استأجَرَ دابّةً إلى الحيرةِ بدرهمٍ أو إلى القادِسيّةِ بدرهمَيْنِ فهو جائزٌ عندَه.

وعلى قولِهما يَنْبَغي أنْ لا يجوزَ لما ذَكَرْنا، ولو استأجَرَ دابّةً من بَغْدادَ إلى القصْرِ بخمسةٍ وإلى الكوفةِ بعشرةٍ.

قال محمّدٌ: لو كانتِ المسافةُ إلى القصْرِ النِّصفَ من الطّريقِ إلى الكوفةِ فالإجارةُ جائزةٌ، وإنْ كانت أقلّ أو أكثرَ فهي فاسِدةٌ على أصلِهما؛ لأنّ المسافةَ إذا كانتِ النِّصفَ فحالَ ما يَسيرُ [٢] يصيرُ البدَلُ معلومًا؛ لأنّه إنْ سارَ إلى القصْرِ أو إلى الكوفةِ فالأُجْرةُ إلى القصْرِ خمسةٌ، فأمّا إذا كانتِ المسافةُ إلى القصْرِ أقلّ من النِّصفِ أو أكثَرَ، فالأُجْرةُ حالَ ما يَسيرُ مجهولةٌ؛ لأنّه إنْ سارَ إلى القصْرِ فالأُجْرةُ خمسةٌ وإنْ سارَ إلى الكوفةِ فالأُجْرةُ إلى القصْرِ بحِصّتِه من المسافةِ وجَهالةُ الأُجْرةِ عندَ وجودِ سبب وجوبها تُفْسِدُ العقدَ عندَهما، فأمّا على قولِ أبي حنيفةَ فالعقدُ جائزٌ؛ لأنّه سَمّى مَنْفَعَتَيْنِ معلومتَيْنِ؛ (لأنّ كُلّ) [٣] واحدٍ منهما بَدَلٌ معلومٌ.

ولو أعطَى خَيّاطًا ثَوْبًا فقال: إنْ خِطْتَه اليومَ فلَكَ درهمٌ وإنْ خِطْتَه غَدًا فلَكَ نصفُ درهمٍ قال أبو حنيفةَ: الشّرطُ الأوّلُ صَحيحٌ و[الشرط] [٤] الثّاني فاسِدٌ، حتّى لو خاطَه اليومَ فلَه درهمٌ وإنْ خاطَه غَدًا فلَه أجرُ مثلِه على ما نَذْكُرُ تفْسيره.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: الشّرطانِ جائزانِ، وقال زُفَرُ: الشّرطانِ باطِلانِ، وبه أخذ الشّافعيُّ، فنَتَكَلّمُ مع زُفَرَ والشّافعيِّ في اليومِ الأوّلِ لأنّهما خالَفا أصحابَنا الثّلاثةَ فيه.

والوجه لهُما: أنّ المعقودَ عليه مجهولٌ.

ولنَا: أنّه سَمّى في اليومِ الأوّلِ عَمَلاً معلومًا وبَدَلاً معلومًا، وفَسادُ الشّرطِ الثّاني لا يُؤَثّرُ في الشّرطِ الأوّلِ كمَنْ عَقَدَ إجارةً صَحيحةً وإجارةً فاسِدةً.

وأمّا اليومُ الثّاني فوَجْه قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ على نحوِ ما ذَكَرْنا في اليومِ الأوّلِ أنّه سُمّيَ في اليومِ الثّاني عَمَلاً معلومًا وبَدَلاً معلومًا كما في [اليوم] الأوّلِ، فلا معنى لفَسادِ

---

(١) في المخطوط: «في».
(٢) في المخطوط: «يبني».
(٣) في المخطوط: «الكل».
(٤) زيادة من المخطوط.

العقدِ فيه، كما لا يَفْسُدُ في اليومِ الأوّلِ .

ولأبي حنيفة: أنّه اجتَمع في اليومِ الثّاني بَدَلانِ مُتَفاوِتانِ في القدرِ؛ لأنّ البدَلَ المذكورَ في اليومِ الأوّلِ جُعِلَ مشروطًا في اليومِ الثّاني، بدَليلِ أنّه لو لم [٢/ ٢٢٦ب] يَذْكُرْ لليومِ الثّاني بَدَلاً آخَرَ وعَمِلَ في اليومِ الثّاني يَسْتَحِقُّ المُسَمّى في الأوّلِ، فلو لم يَجْعَلِ المذكورَ من البدَلِ في اليومِ الأوّلِ مشروطًا في الثّاني لَما استَحقّ المُسَمّى، وإذا اجتَمع بَدَلانِ في اليومِ الثّاني صار كأنّه قال: في اليومِ الثّاني فلَكَ درهمٌ أو نصفُ درهمٍ (فكان الأجرُ)[1] مجهولاً فوَجَبَ فسادُ العقدِ، فإذا خاطَه في اليومِ الثّاني فلَه أجرُ مثلِه لا يُزادُ على درهمٍ ولا يُنْقَصُ من نصفِ درهمٍ، هكذا ذَكَرَ في الأصلِ، و [2] في (الجامعِ الصّغيرِ).

وذَكَرَ محمّدٌ في الإملاءِ: وهو إحدى رِوايتي ابنِ سِماعةَ في نَوادِرِه عن أبي يوسُفَ، وإحدَى رِوايتي ابنِ سِماعةَ في نَوادِرِه عن محمّدٍ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ في رِوايةٍ أُخرى أنّ له في اليومِ الثّاني أجرَ مثلِه لا يُزادُ على نصفِ درهمٍ .

وذَكَرَ القُدوريُّ أنّ هذه الرِّوايةَ هي الصّحيحةُ، ووَجْهُها أنّ الواجِبَ في الإجارةِ الفاسِدةِ أجرُ المثلِ لا يُزادُ على المُسَمّى، والمُسَمّى في اليومِ الثّاني نصفُ درهمٍ لا درهمٌ إنّما الدّرهمُ مُسَمًّى في اليومِ الأوّلِ وذلك عقدٌ آخَرُ فلا يُعْتَبَرُ فيه .

وجه رِوايةِ الأصلِ: أنّه اجتَمع في الغدِ تَسْميَتانِ؛ لأنّ التّسْميةَ الأولى عندَ مَجيءِ الغدِ قائمةٌ لما ذَكَرْنا فيُعْمَلُ بهما فتُعْتَبَرُ الأولى لمَنْعِ الزّيادةِ، والثّانيةُ لمَنْعِ النُّقْصانِ، فإنْ خاطَ نصفَه في اليومِ الأوّلِ ونصفَه في الغدِ فلَه نصفُ المُسَمّى لأجلِ خياطَتِه في اليومِ [الأول][3] وأجرُ المثلِ لأجلِ خياطَتِه في الغدِ لا يُزادُ على درهمٍ ولا يُنْقَصُ عن نصفِ درهمٍ، فإنْ خاطَه في اليومِ الثّالِثِ فقد رَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ عن أبي حنيفةَ أنّ له أجرَ مثلِه لا يُجاوِزُ به نصفَ درهمٍ؛ لأنّ صاحِبَ الثّوبِ لم يَرْضَ بتَأخيرِه إلى الغدِ بأكثَرَ من النِّصفِ، فبتَأخيرِه إلى اليومِ الثّالِثِ أولى .

فإنْ قال: إنْ خِطْتَه اليومَ فلَكَ درهمٌ وإنْ خِطْتَه غَدًا فلا أجرَ لَك، ذَكَرَ محمّدٌ في إملائه

---

(١) في المخطوط: «فصار الآخر».
(٢) زاد في المخطوط: «ذكر».
(٣) زيادة من المخطوط.

أنّه إنْ خاطَه في اليومِ الأوّلِ، فلَه درهمٌ وإنْ خاطَه في اليومِ الثّاني فلَه أجرُ مثلِه لا يُزادُ على درهمٍ؛ لأنّ إسقاطَه في اليومِ الثّاني لا يَنْفي وجوبَه في اليومِ الأوّلِ ونَفْيُ التّسْميةِ في اليومِ الثّاني لا يَنْفي أصلَ العقدِ فكان في اليومِ الثّاني عقدٌ لا تَسْميةَ فيه، ويجبُ أجرُ المثلِ.

ولو قال: إنْ خِطْته أنتَ فأجرُكَ درهمٌ، وإنْ خاطَه تِلْميذُكَ فأجرُكَ نصفُ درهمٍ فهذا والخياطةُ الرّوميّةُ، والفارسيّةُ سَواءٌ، ولو استأجَرَ دارًا شهرًا بعشرةِ دراهمَ على أنّه إنْ سَكَنَها يومًا ثُمّ خرج فعليه عشرةُ دراهمَ فهو فاسِدٌ؛ لأنّ المعقودَ عليه مجهولٌ وهو سُكنَى شهرٍ أو يومٍ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ مقدورَ الاستيفاءِ حقيقةً وشرعًا؛ لأنّ العقدَ لا يقعُ وسيلةً إلى المعقودِ بدونِه، فلا يجوزُ استِئْجارُ الآبقِ؛ لأنّه لا يُقْدَرُ على استيفاءِ مَنْفَعَتِه حقيقةً لكَوْنِه معجوزَ التّسْليمِ حقيقةً؛ ولهذا لم يَجز بيعُه، ولا تجوزُ إجارةُ المغْصوب من غيرِ الغاصِب، كما لا يجوزُ بيعُه من غيرِه؛ لما قُلْنا.

وعلى هذا تُخَرّجُ إجارةُ المشاعِ من غيرِ الشّريكِ أنّها غيرُ جائزةٍ عندَ أبي حنيفةَ وزُفَر [(١)].

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ والشّافعيُّ: إنّها جائزةٌ [(٢)].

وجه قولِهم: أنّ الإجارةَ أحدُ نوعَي البيعِ فيُعْتَبَرُ بالنّوعِ الآخَرِ وهو بيعُ العيْنِ، وإنّه جائزٌ في المشاعِ، كذا هذا، فلو امتنَعَ إنّما يمْتَنِعُ لتَعَذُّرِ استيفاءِ منفعته بسبب الشّياعِ، والمشاعُ مقدورُ الانتِفاعِ بالمُهاياةِ ولهذا جاز بيعُه، وكذا يجوزُ من الشّريكِ أو من الشُّرَكاءِ في صَفْقةٍ واحدةٍ فكذا من الأجنَبيِّ.

والدّليلُ عليه: أنّ الشُّيوعَ الطّارِئَ لا يُفْسِدُ الإجارةَ فكذا المُقارِنُ؛ لأنّ الطّارِئَ في باب

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٥/ ١٤٤-١٤٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٢٦)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٧٠)، فتح القدير (٩/ ٩٩-١٠٠)، درر الحكام (٢/ ٢٣١)، البحر الرائق (٨/ ٢٣-٢٤)، رد المحتار (٦/ ٤٩٠).

(٢) يقول النووي في بيان مذهب الشافعية: «ولو قال أَجَّرتك نصف الدابة إلى موضع كذا أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح، ويقتسمان بالزمان أو المسافة، وهذه إجارة المشاع وهي كبيع المشاع»، انظر روضة الطالبين (٥/ ١٨٤)، أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٧٢)، مغني المحتاج (٣/ ٤٥٢)، حاشية الجمل (٣/ ٥٤٣).

الإجارةِ مُقارِنٌ؛ لأنّ المعقودَ عليه المنفَعةُ، وأنّها تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا، فكان كُلُّ جزءٍ يَحْدُثُ معقودًا عليه مُبْتَدأً.

ولأبي حنيفةَ: أنّ مَنْفَعةَ المشاعِ غيرُ مقدورةِ الاستيفاءِ؛ لأنّ استيفاءَها بتَسْليمِ المشاعِ، والمشاعُ غيرُ مقدورِ [التسليم] [1] بنفسِه؛ لأنّه اسمٌ لسَهْمٍ غيرِ مُعَيّنٍ، وغيرُ المُعَيّنِ لا يُتَصَوّرُ تَسْليمُه بنفسِه حقيقةً وإنّما يُتَصَوّرُ تَسْليمُه بتَسْليمِ الباقي، وذلك غيرُ معقودٍ عليه، فلا يُتَصَوّرُ تَسْليمُه شرعًا.

وأمّا قولهما: إنّه يُمْكِنُ استيفاءُ مَنْفَعةِ المشاعِ بالتّهايُؤِ، فنَقولُ: لا يُمْكِنُ على الوجه الذي يقتَضيه العقدُ وهو الانتِفاعُ بالنِّصفِ في كُلِّ المُدّةِ؛ لأنّ التّهايُؤَ بالزّمَنِ انتِفاعٌ بالكُلِّ في نصفِ المُدّةِ، وهذا [2] ليس بمُقْتَضَى العقدِ، والتّهايُؤُ بالمكانِ انتِفاعٌ برَفْعِ المُسْتَأْجَرِ في كُلِّ المُدّةِ؛ لأنّ نصفَ هذا النِّصفِ له بالملكِ، ونصفَه على طريقِ البدَلِ عَمّا في يَدِ صاحِبه وإنّه ليس بمُقْتَضَى العقدِ أيضًا، فإذًا لا يُمْكِنُ تَسْليمُ المعقودِ عليه على الوجه الذي يقتَضيه العقدُ أصلاً ورأسًا، فلا يكونُ المعقودُ عليه مقدورَ الاستيفاءِ حقيقةً وشرعًا، ولأنّ تَجْويزَ [٢/ ٢٢٧أ] هذا العقدِ بالمُهايأةِ يُؤَدّي إلى الدّوْرِ؛ لأنّه لا مُهايأةَ إلاّ بعدَ ثُبوتِ الملكِ، ولا ملكَ إلاّ بعدَ وجودِ العقدِ، ولا عقدَ إلاّ بعدَ وجودِ شرطِه - وهو القُدْرةُ على التّسْليمِ - فيتعَلّقُ كُلُّ واحدٍ بصاحِبه فلا يُتَصَوّرُ وجودُه بخلافِ البيعِ؛ لأنّ كونَ المبيعِ مقدورَ الانتِفاعِ ليس بشرطٍ لجَوازِ البيعِ فإنّ بَيْعَ المُهْرِ والجحْشِ والأرضِ السّبْخةِ جائزٌ، وإنْ لم يكنْ مُنْتَفَعًا بها، ولهذا يدخلُ الشِّرْبُ والطّريقُ في الإجارةِ من غيرِ تَسْميةٍ، ولا يدخلانِ في البيعِ إلاّ بالتّسْميةِ؛ لأنّ كونَ المُسْتَأجِرِ مُنْتَفِعًا به بنفسِه شرطُ صحّةِ الإجارةِ ولا يُمْكِنُ الانتِفاعُ بدونِ الشُّرْبِ والطّريقِ بخلافِ البيعِ.

وأمّا الإجارةُ من الشّريكِ: فعن أبي حنيفةَ فيه رِوايَتانِ، ولئِنْ سَلّمْنا على الرِّوايةِ المشْهورةِ فلأنّ المعقودَ عليه هناك مقدورُ الاستيفاءِ بدونِ المُهايأةِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ كُلِّ الدّارِ تَحْدُثُ على ملكِ المُسْتَأجِرِ لكنْ بسببينِ مُخْتَلِفَيْنِ: بعضُها بسبب الملكِ، وبعضُها بسبب الإجارةِ.

وكذا الشُّيوعُ الطّارِئُ فيه رِوايَتانِ عن أبي حنيفةَ:

في رِوايةٍ تَفْسُدُ الإجارةُ كالمُقارِنِ.

---

(١) زيادة من المخطوط

(٢) في المخطوط: «وذلك».

وفي روايةٍ لا تَفسُدُ وهي الرِّوايةُ المشهورةُ عنه، ووَجْهُها: أنّ عَدَمَ الشُّيوعِ عندَه شرطُ جَوازِ هذا العقدِ وليس كُلُّ ما يُشْتَرَطُ لابتِداءِ العقدِ يُشْتَرَطُ لبقائه كالخُلوِّ عن العِدّةِ، فإنّ العِدّةَ تمنَعُ ابتِداءَ العقدِ ولا تمنَعُ البقاءَ كذا هذا وسَواءٌ كانتِ الدّارُ كُلُّها لرجلٍ فأجَّرَ نصفَها من رجلٍ أو كانت بين اثنَيْنِ فأجَرَ أحدُهما نصيبَه من رجلٍ، كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ في جامِعِه نصًّا عن أبي حنيفةَ: أنّ الإجارةَ لا تجوزُ في الوجهَيْنِ جميعًا.

وذَكَرَ أبو طاهرٍ الدّبّاسُ: أنّ إجارةَ المشاعِ إنّما لا تجوزُ عندَ أبي حنيفةَ إذا أجَرَ الرّجُلُ بعضَ ملكِه، فأمّا إذا أجَرَ أحدُ الشّريكَيْنِ نصيبَه فالعقدُ جائزٌ بلا خلافٍ؛ لأنّ في الصّورةِ الأولى تَقَعُ المُهاياةُ بين المُسْتَأجِرِ، (وبين المُؤاجِرِ) [1] مُدّةً ولا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقّ المُؤاجِرُ [2] الأجرَ مع كونِ الدّارِ في يَدِه والمُهاياةُ في الصّورةِ الثّانيةِ إنّما تَقَعُ بين المُسْتَأجِرِ وبين غيرِ المُؤاجِرِ وهذا لا يمْنَعُ استِحْقاقَ الأجرِ لجَوازِ أنْ تكونَ الدّارُ في يَدِ غيرِ المُسْتَأجِرِ وأُجْرَتُها عليه كما لو أعارَها ثُمّ أجَرَها.

والصّحيحُ ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ؛ لأنّ ما ذَكَرْنا من المانِعِ يَعُمُّ الوجهَيْنِ جميعًا، وسَواءٌ كان المُسْتَأجَرُ مُحْتَمِلًا للقِسْمةِ أو لا؛ لأنّ المانِعَ من الجوازِ لا يوجِبُ الفصلَ بينهما بخلافِ الهِبةِ فإنّ المانِعَ ثَمّةَ خَصّ المُحْتَمِلَ للقِسْمةِ وهو ما ذَكَرْنا [3] في (كِتاب الهِبةِ).

ولو أجَرَ مَشاعًا يحتملُ القِسْمةَ فقُسِّمَ وسَلِمَ جاز؛ لأنّ المانِعَ قد زالَ كما لو باعَ الجِذْعَ في السّقْفِ ثُمّ نَزَعَ وسَلِمَ وكَما لو وهَبَ مَشاعًا يحتملُ القِسْمةَ ثُمّ قُسِمَ وسَلِمَ فإنِ اختَصَما قبل القِسْمةِ فأبْطَلَ الحاكِمُ الإجارةَ ثُمّ قُسِمَ وسَلِمَ بعدَ ذلك لم يَجُزِ العقدُ؛ لأنّ العقدَ انفَسَخَ من الأصلِ بإبْطال الحاكِمِ فلا يحتملُ الجوازَ إلاّ بالاستِئْنافِ ويجوزُ إجارةُ الاثنَيْنِ من واحدٍ؛ لأنّ المنافِعَ تدخلُ في يَدِ المُسْتَأجِرِ جملةً واحدةً من غيرِ شُيوعٍ ويَسْتَوْفيها من غيرِ مُهاياةٍ.

ولو مات أحدُ المُؤاجِرَيْنِ حتّى انقضَتِ الإجارةُ في حِصّتِه لا تُنْقَضُ في حِصّةِ الحيِّ وإنْ صارتْ مُشاعةً، وهو المُسمّى بالشُّيوعِ الطّارِئِ لما ذَكَرْنا وكذا يجوزُ رَهْنُ الاثنَيْنِ من واحدٍ وهِبةُ الاثنَيْنِ من واحدٍ لعَدَمِ الشُّيوعِ عندَ القبْضِ، وكذا تجوزُ إجارةُ الواحدِ من

---

(١) في المخطوط: «وفي يد المؤجر».
(٢) في المخطوط: «المؤجر».
(٣) في المخطوط: «ذكرناه».

الاثنَيْنِ [(١)]؛ لأنّ المنافِعَ تخرُجُ من ملكِ الآجِرِ جملةً واحدةً من غيرِ شياعٍ ثُمّ ثَبَتَ الشّياعُ لضَرورةِ تَفرُّقِ ملكَيْهما في المنفَعةِ وأنّه يوجِبُ قِسْمةَ المنفَعةِ بالتّهايُؤِ فينْعَدِمُ الشُّيوعُ.

ولو مات أحدُ المُسْتَأجِرينَ حتّى انتُقِضَتِ الإجارةُ في حِصّتِه بقيَتْ في حِصّةِ الحيِّ كما كانت، ويجوزُ رَهْنُ الواحدِ من اثنَيْنِ أيضًا؛ لأنّ الرّهْنَ شُرِعَ وثيقةً بالدّيْنِ فجميعُ الرّهْنِ يكونُ وثيقةً لكُلِّ واحدٍ من المُرْتَهِنينَ، ألا تَرَى أنّه لو قضَى الرّاهنُ دَيْنَ أحدِهما لم يكنْ له أنْ يأخُذَ بعضَ الرّهْنِ.

وأمّا هِبةُ الواحدِ من اثنَيْنِ فإنّما لا تجوزُ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الملكَ في باب الهِبةِ يقعُ بالقبْضِ والشُّيوعُ ثابتٌ عندَ القبْضِ وأنّه يمْنَعُ من القبْضِ فيمْنَعُ من وُقوعِ الملكِ على ما نَذْكُرُ [(٢)] في (كِتاب الهِبةِ).

وإنِ استَأجَرَ أرضًا فيها زَرْعٌ للآجِرِ أو شَجَرٌ أو قَصَبٌ أو كرْمٌ أو ما يمْنَعُ من الزِّراعةِ لم تَجز؛ لأنّها مشغولةٌ بمالِ المُؤاجِرِ فلا يتحقّقُ تَسْليمُه فلا يكونُ المعقودُ عليه مقدورَ الاستيفاءِ شرعًا [فلم تَجز كما لو اشترى جِذْعًا في سَقْفٍ] [(٣)]، وكذا لو استَأجَرَ أرضًا فيها رُطَبةٌ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ تَسْليمُها إلاّ بضَرَرٍ وهو قطع الرُّطَبةِ فلا يُجْبَرُ على الإضْرارِ بنفسِه فلم تكُنِ المنفَعةُ مقدورةَ الاستيفاءِ شرعًا فلم تَجز كما لو اشترى جِذْعًا في سَقْفٍ فإنْ قَلَعَ رَبُّ الأرضِ الرُّطَبةَ فقال للمُسْتَأجِرِ: اقْبضِ الأرضَ فقَبَضَها فهو [٢/ ٢٢٧ب] جائزٌ؛ لأنّ المانِعَ قد زالَ فصار كشراءِ الجِذْعِ في السّقْفِ إذا نَزَعَه البائعُ وسَلّمَه إلى المُشْتَري فإنِ اختَصَما قبل ذلك فأبْطَلَ الحاكِمُ الإجارةَ ثُمّ قَلَعَ الرُّطَبةَ بعدَ ذلك لم يصحّ العقدُ؛ لأنّ العقدَ قد بَطَلَ بإبْطالِ الحاكِمِ، فلا يحتملُ العوْدَ، فإنْ مضى من مُدّةِ الإجارةِ يومٌ أو يومانِ قبل أنْ يختصِما ثُمّ قَلَعَ الرُّطَبةَ فالمُسْتَأجِرُ بالخيارِ إنْ شاء قَبَضَها على تلك الإجارةِ وطرَحَ عنه ما لم يقبضْ، وإنْ شاء لم يقبضْ، فرقًا بين هذا وبين الدّارِ إذا لم يسلمها [(٤)] المُؤاجِرُ في بعضِ المُدّةِ أنّ المُسْتَأجِرَ لا يكونُ له خيار التّرْك.

ووَجْه الفرقِ: أنّ المقصودَ من إجارةِ الأرضِ الزِّراعةُ، والزِّراعةُ لا تُمْكِنُ في جميعِ الأوقاتِ بل في بعضِ الأوقاتِ دونَ بعضٍ وتختَلِفُ بالتّقْديمِ، والتّأخيرِ فالمُدّةُ المذكورةُ

---

(١) في المخطوط: «اثنين».
(٢) في المخطوط: «ذكرنا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «سلمها».

فيها يَقِفُ بعضُها على بعضٍ ويكونُ الكُلُّ كمُدّةٍ واحدةٍ فإذا مضى بعضُها فقد تُغَيّرُ عليه صِفةُ العقدِ لاختلافِ المقصود [١] فكان له الخيارُ بخلافِ إجارةِ الدّارِ؛ لأنّ المقصودَ منها السُّكنَى وسُكنَى كُلِّ يومٍ لا تَعَلُّقَ له بيومٍ آخَرَ فلا يَقِفُ بعضُ المُدّةِ فيها على بعضٍ فلا يوجِبُ خَلَلًا في المقصودِ من الباقي فلا يَثْبُتُ الخيارُ.

ولو اشترى أطْرافَ رُطَبةٍ ثُمّ استَأجَرَ الأرضَ لتَبْقيةِ ذلك لم تَجز الإجارةُ؛ لأنّ أصلَ الرُّطَبةِ ملكُ المُؤاجِرِ فكانتِ الأرضُ مشغولةً بملكِ المُؤاجِرِ واستِئْجارُ بُقْعةٍ مشغولةٍ بمالِ المُؤاجِرِ (لا يَصحّ) [٢]؛ لأنّ كونَها مشغولةً بملكِه [٣] يمْنَعُ التّسْليمَ فيمْنَعُ استيفاءَ المعقودِ عليه كاستِئْجارِ أرضٍ فيها زَرْعُ المُؤاجِرِ.

ولو اشترى الرُّطَبةَ بأصلِها ليقلَعَها ثُمّ استَأجَرَ الأرضَ مُدّةً معلومةً لتَبْقِيَتِها جاز؛ لأنّ الأرضَ ههنا مشغولةٌ بمالِ المُسْتَأجِرِ وذا لا يمْنَعُ الإجارةَ كما لو استَأجَرَ ما هو في يَدِه.

وكذلك إذا اشترى شَجَرةً فيها (ثَمَرٌ بثَمَرِها) [٤] على أنْ يقلَعَها ثُمّ استَأجَرَ الأرضَ فبقّاها فيها جاز لما قُلْنا.

قال محمد: وإنِ استَعارَ الأرضَ في ذلك كُلِّه فهو جائزٌ؛ لأنّ المالِكَ بالإعارةِ أباحَ الانتِفاعَ بملكِه فيجوزُ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما ذَكَرْنا أيضًا من استِئْجارِ الفحْلِ للإنْزاءِ واستِئْجارِ الكلب المُعَلّمِ والبازي المُعَلّمِ للاصْطيادِ أنّه لا يجوزُ لأنّ المنفَعةَ المطْلوبةَ منه غيرُ مقدورةِ [٥] الاستيفاءِ إذْ لا يُمْكِنُ إجبارُ الفحْلِ على الضِّراب والإنْزالِ ولا إجبارُ الكلب والبازي على الصّيْدِ فلم تكُنِ المنفَعةُ التي هي معقودٌ عليها مقدورةَ [٦] الاستيفاءِ في حقِّ المُسْتَأجِرِ فلم تَجز.

وعلى هذا أيضا يُخَرّجُ استِئْجارُ الإنسانِ للبيعِ والشِّراءِ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ البيعَ والشِّراءَ لا يَتِمُّ بواحدٍ بل بالبائعِ والمُشْتَري فلا يقدِرُ الأجيرُ على إيفاءِ المنفَعةِ بنفسِه فلا يقدِرُ المُسْتَأجِرُ على الاستيفاءِ فصار كما لو استَأجَرَ رجلًا ليَحمِلَ خَشَبةً بنفسِه وهو لا يقدِرُ على حَمْلِها بنفسِه ولو ضَرَبَ لذلك مُدّةً بأنِ استَأجَرَه شهرًا ليَبيعَ له ويشتريَ جاز لما مَر.

---

(١) في المطبوع: «المعقود».

(٢) في المطبوع: «لم تصح».

(٣) في المخطوط: «بمال».

(٤) في المخطوط: «ثمرة بثمرتها».

(٥) في المخطوط: «مقدور».

(٦) في المخطوط: «مقدور».

وعلى هذا يُخَرّجُ الاستِئْجارُ على تَعليمِ القرآنِ والصّنائعِ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ الأجيرَ لا يقدِرُ على إيفاءِ العمَلِ بنفسِه فلا يقدِرُ المُسْتَأجِرُ على الاستيفاءِ وإنْ شئتَ أفْرَدْت لجِنْسِ هذه المسائلِ شرطًا فقُلْت ومنها أنْ يكونَ العمَلُ المُسْتَأجَرُ له مقدورَ الاستيفاءِ من العامِلِ بنفسِه ولا يَحْتاجُ فيه إلى غيرِه وخُرِّجَتِ المسائلُ عليه والأوّلُ أقربُ إلى الصّناعةِ فافْهَم .

وَعلى هذا يُخَرّجُ الاستِئْجارُ على المعاصي أنّه لا يصحُّ لأنّه استِئْجارٌ على مَنْفَعةٍ غيرِ مقدورةِ الاستيفاءِ شرعًا كاستِئْجارِ الإنسانِ للّعِبِ واللّهْوِ، وكاستِئْجارِ المُغَنّيةِ، والنّائحةِ للغِناءِ والنّوحِ بخلافِ الاستِئْجارِ لكِتابةِ الغِناءِ والنّوحِ أنّه جائزٌ؛ لأنّ الممْنوعَ عنه نفسُ الغِناءِ والنّوحِ لا كِتابَتُهما .

وكذا لو استَأجَرَ رجلاً ليقتُلَ له رجلاً أو ليشجه [1] أو ليَضْرِبَه ظُلْمًا، وكذا كُلُّ إجارةٍ وقَعَتْ لمَظْلَمةٍ؛ لأنّه استِئْجارٌ لفعلِ المعصيةِ فلا يكونُ المعقودُ عليه مقدورَ الاستيفاءِ شرعًا فإنْ كان ذلك بحقٍّ بأنِ استَأجَرَ إنسانًا لقَطْعِ عُضْوٍ جاز . لأنّه مقدورُ الاستيفاءِ؛ لأنّ مَحَلّه معلومٌ فيُمْكِنُه أنْ يَضَعَ السِّكّينَ عليه فيقطَعَه .

وإنِ استَأجَرَه لقِصاصٍ في النّفسِ لم يَجز عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ ويجوز [2] عندَ محمّدٍ هو يقولُ استيفاءُ القِصاصِ بطريقٍ مشروعٍ هو حَزُّ الرّقَبةِ والرّقَبةُ معلومةٌ فكان المعقودُ عليه مقدورَ الاستيفاءِ فأشبَهَ الاستِئْجارَ لذَبْحِ الشّاةِ وقَطْعِ اليدِ وهما يقولانِ إنّ القتلَ بضَرْبِ العُنُقِ يقعُ على سبيلِ التّجافي عن المضْروب فرُبّما يُصيبُ العُنُقَ ورُبّما يعدِلُ عنه إلى غيرِه فإنْ أصابَ كان مشروعًا وإنْ عَدَلَ كان محظورًا؛ لأنّه يكونُ مُثْلةً وإنّها غيرُ مشروعةٍ بخلافِ الاستِئْجارِ على تَشْقيقِ الحطَبِ؛ لأنّه وإنْ كان ذلك يقعُ على سبيلِ التّجافي فكُلُّه مُباحٌ وههنا بخلافِه فلم يكنْ هذا النّوعُ من المنفَعةِ مقدورَ الاستيفاءِ وليس [٢/ ٢٢٨أ] كذلك القطْعُ والذّبْحُ لأنّ القطْعَ يقعُ بوَضْعِ السِّكّينِ على موضِعٍ معلومٍ من اليدِ وهو المِفْصَلُ وإمرارِه عليه وكذلك الذّبْحُ فهو الفرقُ .

ولو استَأجَرَ ذِمّيٌّ من مسلم بيعةً ليُصَلّيَ فيها لم يَجز؛ لأنّه استِئْجارٌ لفعلِ المعصيةِ وكذا لو استَأجَرَ ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ لما قُلْنا ولو استَأجَرَ الذِّمّيُّ دارًا من مسلمٍ وأرادَ أنْ يُصَلّيَ فيها من غيرِ جَماعةٍ أو يَتّخِذَها مُصَلًّى للعامّةِ فقد ذَكَرْنا حُكمه فيما تَقَدّمَ ولو استَأجَرَ ذِمّيٌّ مسلمًا

---

(١) في المطبوع: «ليسجنه».

(٢) في المطبوع: «وتجوز».

لِيَخْدُمَه ذَكَرَ في الأصلِ أنّه يجوزُ وأكرَه للمسلم خدمةَ الذِّمّيِّ. أمّا الكراهةُ فلأنّ الاستخدامَ استِذْلالٌ؛ فكَأنّ إجارةَ المسلمِ نفسَه منه إذْلالٌ لنفسِه، وليس للمسلمِ أنْ يُذِلّ نفسَه خُصوصًا بخدمةِ الكافرِ.

وَأمّا الجوازُ فلأنّه عقدُ مُعاوَضةٍ فيجوزُ كالبيعِ. وقال أبو حنيفةَ: أكرَه أنْ يَسْتَأجِرَ الرّجُلُ امرأةً حُرّةً يَسْتخدِمُها ويَخْلو بها وكذلك الأمةُ. وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ. أمّا الخلوةُ فلأنّ الخلوةَ بالمرأةِ الأجنَبيّةِ معصيةٌ، وأمّا الاستخدامُ فلأنّه لا يُؤْمَنُ معه الاطّلاعُ عليها والوُقوعُ في المعصيةِ.

ويجوزُ الاستِئْجارُ لنَقْلِ الميْتاتِ والجيَفِ والنّجاساتِ؛ لأنّ فيه رَفْعَ أذيّتِها عن النّاسِ فلو لم تَجز لَتَضرّرَ بها النّاسُ.

وقال ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ أنّه قال: لا بَأسَ بأُجْرةِ الكنّاسِ أرأيت لو استَأجَرَه ليُخْرِجَ له حِمارًا مَيّتًا، أما يجوزُ ذلك؟ ويجوزُ الاستِئْجارُ على نَقْلِ الميِّتِ الكافرِ إلى المقبَرةِ؛ لأنّه جيفةٌ فيَدْفَعُ أذيّتَها عن النّاسِ كسائرِ الأنْجاسِ [١].

* * *

(١) زاد هنا في المطبوع: قدر صفحة سبق ذكرها في آخر كتاب الإعتاق، من قوله: «وجه قياس قول أبي حنيفة ما ذكرنا. . .» إلى آخر كتاب الإعتاق.

الفهرس



الفهرس

مطابع دار الطباعة والنشر الإسلامية

العاشر من رمضان المنطقة الصناعية ب ٢ - تليفاكس : ٣٦٣٣١٤ - ٣٦٢٣١٣
مكتب القاهرة : مدينة نصر ١٢ ش ابن هانئ الأندلسي ت : ٤٠٣٨١٣٧ - تليفاكس : ٤٠١٧٠٥٣

دار الطباعة والنشر الإسلامية